

**SILVANA DO PRADO BROUWERS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E A INVERSÃO DO ÔNUS DA  
PROVA NAS LIDES DE CONSUMO – ASPECTOS LEGAIS,  
DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

**Dissertação apresentada à banca  
examinadora da Universidade  
Federal de Santa Catarina, como  
requisito parcial para a obtenção do  
grau de Mestre.**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Olga Maria  
Boschi de Oliveira.**

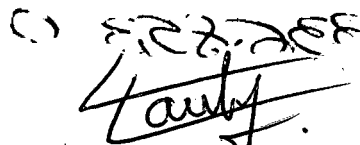
**FLORIANÓPOLIS (SC)**

**2001**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TURMA ESPECIAL - CHAPECÓ**

**SILVANA DO PRADO BROUWERS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E A INVERSÃO DO ÔNUS DA  
PROVA NAS LIDES DE CONSUMO – ASPECTOS LEGAIS,  
DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**



---

**DR. CHRISTIAN GUY CAUBET  
COORDENADOR DO CPGD/CCJ/UFSC**



---

**DRA. OLGA MARIA BOSCHI AGUIAR DE OLIVEIRA  
ORIENTADORA**

**FLORIANÓPOLIS (SC), 2001**

**SILVANA DO PRADO BROUWERS**

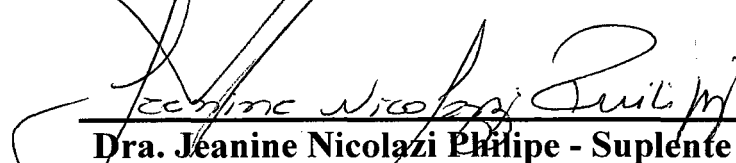
**A RESPONSABILIDADE CIVIL E A INVERSÃO DO ÔNUS DA  
PROVA NAS LIDES DE CONSUMO – ASPECTOS LEGAIS,  
DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau  
de Mestre junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora formada por:**

  
**Dra. Olga Maria Boschi de Oliveira - Presidente**

  
**Dr. Aires José Rover - Membro**

  
**Dr. Luiz Otávio Pimentel - Membro**

  
**Dra. Jeanine Nicolazi Philipe - Suplente**

**FLORIANÓPOLIS (SC), 23 DE FEVEREIRO DE 2001**

## RESUMO

Com a Lei n.º 8.078/90 (CDC) houve o reconhecimento legal da vulnerabilidade do consumidor e, na tentativa de reequilibrar a situação das partes da relação jurídica de consumo - fornecedor e consumidor -, instituiu-se a responsabilidade objetiva, fundada no risco de empresa, como regra. Na esfera processual, introduziu-se a inversão do ônus da prova, instrumento que direciona o julgamento quando frustrada a prova, hipótese em que o fornecedor arcará com a situação desfavorável no feito.

Em relações de consumo pertinentes à publicidade, a inversão do ônus da prova aplicá-se *ope legis*, por força de lei; nas demais relações de consumo, exige a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, requisitos a serem verificados pelo julgador, segundo as regras da experiência.

No regime de responsabilidade objetiva, assim como no regime de responsabilidade subjetiva com presunção absoluta de culpa, o elemento moral é alheio ao litígio de consumo, incidindo a inversão do ônus da prova sobre os requisitos desta responsabilidade (evento danoso, prejuízo e nexo causal entre eles), sofrendo fornecedor (requerido) com as conseqüências desfavoráveis da ausência ou deficiência de prova destes pressupostos que, como fato constitutivos do direito do autor (consumidor), caberiam a este prová-lo, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil Brasileiro (1973).

No regime de responsabilidade civil subjetiva, aplicável quando o fornecedor é empresa coligada ou se prestado serviço por profissional liberal, aos requisitos da responsabilidade objetiva acresce-se a culpa, devendo ser afirmados e provados pelo consumidor (autor). Invertido o encargo probatório, ficará com o réu (fornecedor) o resultado desfavorável do processo se não amealhado ao feito elementos de convicção ao julgador. Já, havendo presunção relativa de culpa na responsabilidade, cabe ao autor provar o evento danoso, o prejuízo e o nexo causal; com a modificação do ônus da prova, embora o autor nada comprove acerca do evento danoso, do prejuízo nem do nexo causal, e não tendo o requerido apresentado provas, ainda assim se faz cabível o êxito da demanda civil, com o que se tem a inversão do ônus da prova como meio de facilitar a defesa do consumidor em Juízo, sem, contudo, implicar em mutação no regime de responsabilidade nem impor a procedência da demanda ajuizada pelo consumidor.

## RESUMEN

Com la Ley n.º 8.078/90 (CDC) hubo el reconocimiento legal de la vulnerabilidad del consumidor y, en el intento de reequilibrar la situación de las partes de la relación jurídica del consumo – proveedor y consumidor-, se instituyó la responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo de la empresa, como regla. En la esfera procesal, se introdujo la inversión del ónus de la prueba, instrumento que direcciona el juicio cuando frustrada la prueba, hipótesis en que el proveedor arcará con la situación desfavorable en el hecho.

En relaciones de consumo pertinentes a la publicidad, a inversión del ónus de la prueba se aplica el *ope legis*, por fuerza de ley; en las demás relaciones de consumo, exige la verosimilitud de las alegaciones o la hiposuficiencia del consumidor, requisitos a ser verificados por el que juzga, según las reglas de la experiencia.

En el régimen de responsabilidad objetiva, así como en el régimen de responsabilidad subjetiva con presunción absoluta de culpa, el elemento moral es ajeno al litigio de consumo, incidiendo en la inversión del ónus de la prueba sobre los requisitos de esta responsabilidad (evento dañoso, perjuicio y nexo causal entre ellos), sufriendo proveedor (requerido) con las consecuencias desfavorables de la ausencia o deficiencia de pruebas de estos presupuestos que, como hecho constitutivos del derecho del autor (consumidor), cabría a éste probarlo, en los términos del Art. 333 del Código del Proceso Civil Brasileño (1973).

En el régimen de responsabilidad civil subjetiva, aplicable cuando el proveedor es empresa coligada o si prestando servicio por profesional liberal, a los requisitos de la responsabilidad objetiva se añade la culpa, debiendo ser afirmados y probados por el consumidor (autor). Invirtiendo el encargo probatorio, quedará con el reo (proveedor) el resultado desfavorable del proceso si no escatimado al hecho elementos de convicción al juzgador. Ya, en habiendo presunción relativa de culpa en la responsabilidad, cabe al autor probar el evento dañoso, el perjuicio y el nexo causal, con la modificación del ónus de la prueba, sin embargo el autor nada compruebe del evento dañoso, del perjuicio ni del nexo causal, y no teniendo el requerido presentado pruebas, todavía así se hace cabible el éxito de la demanda civil, con lo que se tiene a inversión del ónus de la prueba como medio de facilitar la defensa del consumidor en Juicio, sin, con todo, implicar en mutación en el régimen de responsabilidad ni imponer la procedencia de la demanda pleiteada por el consumidor.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	v
RESUMEN.....	vi

INTRODUÇÃO.....	1
-----------------	---

### CAPÍTULO I - RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

1.1. Processo Legislativo.....	4
1.2. Conceito.....	8
1.3. Consumidor .....	11
1.4. Fornecedor .....	19
1.5. Produtos e Serviços .....	25

### CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Noções Básicas .....	35
2.2. Responsabilidade Civil Subjetiva .....	41
2.3. Responsabilidade Civil Objetiva .....	47
2.4. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor .....	51
2.4.1. Acidentes e Incidentes de Consumo.....	52
2.4.2. A Responsabilidade Objetiva no CDC.....	56
2.4.3. A Responsabilidade Subjetiva no CDC.....	59
2.4.4. Hipóteses Legais de Não-configuração da Responsabilidade no CDC.....	61

### CAPÍTULO III - A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

3.1. Ônus da Prova .....	68
3.2. Inversão do Ônus da Prova no CDC.....	76
3.3. Inversão do Ônus da Prova e os Regimes de Responsabilidade Civil do CDC.....	97
3.3.1. Inversão do Ônus da Prova e a Responsabilidade Civil Subjetiva .....	99
3.3.2. Inversão do Ônus da Prova e a Responsabilidade Civil Objetiva .....	105

## **CAPÍTULO IV - A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS LITÍGIOS DE CONSUMO – ENFOQUE JURISPRUDENCIAL**

4.1. Decisões Jurisprudenciais Comentadas.....	109
4.2. Considerações Finais sobre a Inversão do Encargo Probatório e a Responsabilidade Civil na Ótica dos Tribunais.....	124

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>127</b>
-----------------------	------------

### **ANEXOS**

Anexo A – TJMS, 1ª Turma, Apelação n.º 65.223.....	134
Anexo B – 1º TACivSP, Agravo de Instrumento n.º 908.896-6.....	142
Anexo C – TJSC, 4ª Câmara Cível, Apelação n.º 96.012572-8.....	145
Anexo D – TJSC, 3ª Câmara Cível, Apelação n.º 96.000738-5.....	150
Anexo E – TJSC, 4ª Câmara Cível, Apelação n.º 98.008188-2.....	157
Anexo F – TJSC, Câmara Cível Especial, Apelação n.º 47.706.....	168

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>174</b>
--	------------

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação está centrada na análise do Código de Defesa do Consumidor - Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 -, com foco nos regimes de responsabilidade civil e na inversão do ônus da prova, investigando-se as implicações jurídicas da incidência deste instrumento de facilitação à defesa dos direitos dos consumidores tanto no regime da responsabilidade fundado na culpa (responsabilidade subjetiva), como na responsabilidade fundada no risco (responsabilidade objetiva).

O tema foi escolhido pela escassa abordagem doutrinária sobre as relações entre a responsabilidade civil e a inversão do ônus da prova, no mais das vezes conferindo a este instrumento processual o condão de modificar o regime de responsabilidade civil, bem como pela necessidade de se delinear hipóteses ensejadoras da aplicação deste benefício processual, a fim de que a inversão probatória seja não só designada, mas (efetivamente) utilizada, como instrumento de facilitação da defesa dos direitos de consumidores em Juízo.

Buscou-se com o estudo comprovar a hipótese de que a inversão do encargo probatório nas lides de consumo não implica mutação da responsabilidade subjetiva em responsabilidade objetiva, vez que diversos seus fundamentos e requisitos.

Como método de abordagem da dissertação teve-se o indutivo, sendo o método de procedimento monográfico; mediante uso da técnica de pesquisa de documentação indireta, utilizando-se da pesquisa bibliográfico-documental.

A análise da inversão do ônus da prova enseja o estudo da relação jurídica de consumo, segundo a conceituação legal e doutrinária trazida com a Lei n.º 8.078/90 (CDC), sendo esta a matéria abordada no primeiro capítulo desta dissertação, no qual se tem, ainda, menção acerca do processo legislativo deste diploma, bem como sobre a relação jurídica de consumo - abrangendo relações contratuais, obrigações decorrentes de declarações unilaterais de vontade e a responsabilidade por fatos e vícios do produto/serviço -, e cada um de seus elementos, quais sejam, o consumidor, o fornecedor e um produto ou serviço.

O consumidor é o não-profissional que consome ou utiliza um produto/serviço como destinatário final, equiparando-se a ele as vítimas de evento danoso, a coletividade que tenha intervenção em relação de consumo, bem como as pessoas expostas às



práticas comerciais, com o que se verifica ampliação do conceito de consumidor, não se restringindo ao comprador do bem.

No disciplinamento específico acerca da relação jurídica de consumo (Lei n.º 8.078/90) denota-se posição privilegiada do consumidor, o que tem justificativa na equiparação de forças deste em relação ao fornecedor, identificado como o profissional que desenvolve atividade, inserindo produto – bem móvel ou imóvel, material ou imaterial - ou serviço – atividade autônoma fornecida mediante remuneração - no mercado de consumo, sendo, dessa forma, o fornecedor quem “quem dita as regras” no mercado de consumo.

Nesta linha, buscando adaptar a norma jurídica à realidade do mercado de consumo atual, é que a Lei n.º 8.078/90 traz como um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inciso I, CDC), servindo tal preceito, que tem base constitucional na isonomia real entre as partes (tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades), como fundamento de todas as prerrogativas conferidas aos consumidores, dentre elas o regime da responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova.

Necessário referir os regimes de responsabilidade civil, sendo esta a forma de ressarcimento de um prejuízo, resgatando o *status quo ante* do prejudicado, podendo estar alicerçada na culpa ou no risco, especificando-se as hipóteses de incidência de cada um destes regimes de responsabilidade na Lei n.º 8.078/90, assunto de que se trata no segundo capítulo do trabalho.

Estando embasada na culpa, a responsabilidade é designada subjetiva, e tem como elementos configuradores o evento causador do dano; o nexo de causalidade entre o evento e o dano; a culpa, caracterizada como dolo, imprudência, negligência ou imperícia; e o dano, de natureza moral ou patrimonial, sendo este o regime de responsabilidade que, nas relações de consumo, como exceção, aplica-se ao fato do serviço realizado por profissional liberal e nos casos de responsabilidade de empresa coligada.

Diversamente, se a responsabilidade fundar-se no risco da atividade, será designada objetiva, sendo seus pressupostos o evento, a relação de causa-efeito entre o evento e o dano, e o dano, sem que haja espaço para questionamento acerca da culpa do agente. O regime de responsabilidade objetiva é regra em se tratando de relações de consumo e justifica-se pelo risco da empresa – quem na busca de lucros desenvolve atividade deve arcar com os riscos dela inerentes.

Ainda, tem lugar neste estudo o ônus da prova, entendido como a possibilidade de a parte agir, em defesa de seu próprio interesse, levando ao processo as provas dos fatos por ela alegados; a distribuição do encargo probatório entre os litigantes - cabe ao autor provar os fatos constitutivos e ao requerido, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos de seu direito - e a aplicabilidade destas regras de julgamento, que lastreiam a decisão judicial nos casos de ausência ou insuficiência da prova dos autos; a inversão do encargo probatório como direito básico do consumidor, tendo como requisitos a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações do consumidor; e o efeito decorrente da modificação das regras sobre o ônus da prova nos regimes de responsabilidade civil da Lei n.º 8.078/90 (CDC), sob o enfoque da lei e da doutrina, sendo estes os assuntos estampados no terceiro capítulo da dissertação.

Busca-se, por fim, concatenar o suporte legal e doutrinário com subsídios jurisprudenciais sobre a responsabilidade civil e a inversão do ônus da prova, introduzindo-se considerações pessoais sobre a interpretação dos Tribunais em relação ao disciplinamento específico das relações jurídicas de consumo, consistindo-se no quarto e último capítulo da dissertação.

## I. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

### 1.1. PROCESSO LEGISLATIVO

A década de 80 serve como marco ao movimento em defesa do consumidor no Brasil, tendo-se o reconhecimento oficial, via norma jurídica, da fragilidade do consumidor frente ao mercado de consumo. Tal desequilíbrio entre as partes envolvidas na relação de consumo é situação muito antes percebida pelos doutrinadores, pois já em 1977, **SIDOU** referia:

“Pelos lábios das mais categorizadas autoridades públicas, pela manifestação de profissionais do direito, pelo sentimento exteriorizado de modo inequívoco da massa de povo que adquire bens e serviços por imperativo inarredável, todos sentem a necessidade de estabelecer um termo de equilíbrio, no jogo mercantil, entre os alienantes e os alienatários”<sup>1</sup>

O surgimento de direitos até então desconhecidos, dentre eles os dos consumidores, é apontado por Norberto Bobbio, que trata do assunto sob a ótica dos direitos humanos, classificando-os em cinco gerações, como bem resume **OLIVEIRA JÚNIOR**: geração dos direitos individuais; geração dos direitos sociais; “geração dos direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos e que, no geral, compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à proteção do meio-ambiente, respectivamente”<sup>2</sup>; geração dos direitos de manipulação genética e geração dos direitos da realidade virtual.

**BOBBIO**<sup>3</sup>, em comentários aos novos direitos, menciona: “Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga”, apontando, em nota de rodapé, vínculo entre os direitos transindividuais, ou seja, de terceira geração, ao desenvolvimento de novas tecnologias.

<sup>1</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço da lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. XII (Ao Leitor).

<sup>2</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades e LEITE, José Rubens Morato (org.). *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996, p. 17.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

Embora identificados os direitos transindividuais na esfera doutrinária, o reconhecimento estatal da necessidade de proteção especial aos direitos do consumidor surgiu, apenas, no final dos anos 80, sob inspiração constitucional, incluindo-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>4</sup> (CF/88) a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, a ser promovida pelo Estado (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal/88), bem como um dos princípios da ordem econômica<sup>5</sup> (art. 170, inciso V, CF/88).

Contudo, antes mesmo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instituiu-se comissão junto ao Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), tendo por coordenadora Ada Pellegrini Grinover, além de outros juristas de expressão, como Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari, passando a integrar tal comissão, em momento posterior, Antônio Hermann de Vasconcellos e Benjamin e Néelson Nery Júnior.

Contava-se com a assessoria de Eliana Cáceres, Régis Rodrigues Bomvicino, Marcelo Gomes Sodré e Mariângela Sarrubo – os dois últimos passaram, após a apresentação do Projeto Alckmin<sup>6</sup>, a integrar a comissão, que tinha a tarefa de elaborar anteprojeto do que já era, junto à Assembléia Nacional Constituinte, nominado Código de Defesa do Consumidor.

Concluído e divulgado o primeiro anteprojeto da comissão do CNDC, alguns deputados apresentaram seus projetos: Geraldo Alckmin Filho apresentou o de n.º 1.149/88 trazendo, no mesmo ano, o substitutivo do projeto apresentado; Raquel Cândido, o de n.º 1.330/88; José Yunes, o de n.º 1.449/88.

---

<sup>4</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Colaboradores Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001 (Coleção Saraiva de legislação).

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder (A **Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29 (nova série), n. 80, out./dez.1990, pp. 69-71) comenta: “(...) a declaração contida no art. 5º, XXXII da Constituição de 1988 deve ser interpretada de forma vinculada ao princípio constante do art. 170, V, ou seja, como um elemento diretor da ordem constitucional objetiva. (...) A defesa do consumidor é declarada, no art. 170, como princípio geral da atividade econômica, o que dá uma idéia precisa de como o constituinte brasileiro de 1988 entendeu as relações de consumo. (...) Nessas condições, se devemos subordiná-lo aos princípios fundamentais da organização constitucional, expressos no Título I (notando-se que um desses princípios fundamentais a saber, a soberania nacional, é repetido no título da ordem econômica e financeira), não há porque distinguir a defesa do consumidor, nos termos de nível hierárquico, dos demais princípios econômicos declarados no art. 170. Quer isto dizer que o legislador, por exemplo, não poderá sacrificar o interesse do consumidor em defesa do meio ambiente, da propriedade privada, ou da busca do pleno emprego; nem, inversamente, preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor. O mesmo se diga do Judiciário, na solução de litígios interindividuais, à luz do sistema constitucional.”

<sup>6</sup> BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, jul./set.1993, p. 272.

O anteprojeto, objeto de várias manifestações em forma de críticas e sugestões que levaram a sua reformulação, veio a ser publicado no Diário Oficial da União em 04 de janeiro de 1989, tendo-se apresentado novas alterações, inclusive por meio do substitutivo elaborado pelo Ministério Público de São Paulo e Secretaria de Defesa do Consumidor, bem como pelas proposições oriundas do 1 Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado no Estado de São Paulo, nos dias 29 de maio a 2 de junho de 1989, evento que contou com a participação Thierry Bourgoignie, membro da Comissão de Elaboração do Código de Consumo da Bélgica (na qualidade de Presidente) e da França, além de outros juristas de renome internacional.<sup>7</sup>

Nova publicação oficial do anteprojeto, agora já revisto pela comissão do CNDC, trouxe consigo a apresentação de outros projetos legislativos, como o de n.º 97/89, do Senador Jutahy Magalhães, reunido ao Projeto de n.º 1/89, do Senador Ronan Tito, aprovado pelo Senado, sendo, na Câmara dos Deputados, apresentado o Projeto n.º 1.955/89, pelo Deputado Michel Temer.

Antes do envio do Projeto n.º 97/89, do Senador Jutahy Magalhães, à Câmara dos Deputados, seguindo a tramitação legislativa, o Congresso Nacional, com base no disposto no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias do Texto de 1988, constituiu Comissão Mista com o encargo de apresentar o Projeto do Código de Defesa do Consumidor, a qual tinha como Presidente o Senador José Agripino Maia e, como relator o Deputado Joaci Goes, o qual recebeu assessoria da comissão do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), tendo surgido, com base no Projeto do Deputado Michel Temer e no substitutivo apresentado pelo Deputado Geraldo Alkmin Filho, o texto que, após realização de audiência pública e sugestões de diversos segmentos da sociedade, foi publicado na imprensa oficial em 4 de dezembro de 1989.

Com a publicação, o Projeto da Comissão Mista do Congresso Nacional recebeu emendas, vindo a ser aprovado pela própria Comissão; após, pelo Plenário, recebendo sanção do Presidente da República, com quarenta e dois vetos<sup>8</sup>, e transformando-se na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte, 12 de setembro de 1990<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 02.

<sup>8</sup> GRINOVER, A. P. Idem, p. 4.

<sup>9</sup> **Código Civil**. Colaboradores: Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2001 (Legislação brasileira).

Descrevendo o momento em que se introduziu o disciplinamento legal em defesa do consumidor, BENJAMIN<sup>10</sup> refere:

“O CDC, ao ser promulgado pelo Congresso, trouxe consigo, entre outros méritos, o de ter sido uma das leis mais profunda e amplamente discutidas pela sociedade brasileira. Havia um sentimento generalizado de que a lei era necessária e de que o Brasil não mais podia continuar convivendo com abusos incompatíveis com o *status* de modernidade que pretendia imprimir à sua economia. A opinião pública, como um todo, era francamente favorável ao projeto.

“Não obstante toda a celeuma que provocou, o CDC foi, paradoxalmente, aprovado por *unanimidade* na Câmara dos Deputados e no Senado. Para chegar a tanto, teve que, primeiramente, enfrentar e superar grandes dificuldades e manobras durante sua tramitação no Congresso. Além disso, o CDC foi alvo de críticas ferozes dos empresários, expressadas em documentos formais encaminhados aos parlamentares ou através de notícias, editoriais e opiniões nos principais meios de comunicação de massa do país.”

Surge, assim, com embasamento constitucional, um disciplinamento autônomo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90 (CDC), retirando as relações alusivas ao uso pessoal de bens e serviços da incidência do Código Comercial (CC) Brasileiro<sup>11</sup> de 1850 e do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (CCB), de 1º de janeiro de 1916, passando a constituir o suporte fático das normas do Código de Defesa do Consumidor, que, como ordenamento especial, derroga os disciplinamentos gerais, aplicando-se aqueles, apenas, nas matérias não abrangidas pela Lei n.º 8.078/90, tendo-se possibilidade de regular o equilíbrio entre os integrantes da relação de consumo, como bem referido por MARÇAL<sup>12</sup>:

“O Código de Defesa do Consumidor surgiu do amadurecimento da idéia de hipossuficiência do consumidor e da massificação das relações de consumo. É inegável que o consumidor é um fraco

<sup>10</sup> BENJAMIN, A. H. V. e. Ob. cit., p. 271.

<sup>11</sup> **Código Comercial**. Juarez de Oliveira (organizador). 40. ed., São Paulo: Saraiva, 1995 (Legislação brasileira).

<sup>12</sup> MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Código de Defesa do Consumidor: Definições, Princípios e o Tratamento da Responsabilidade Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, abril/jun.1993, p. 99.

diante do fornecedor, com dificuldade de se organizar, naturalmente inerte e, normalmente, com total desconhecimento técnico. Ao contrário, o fornecedor é um profissional preparado para vender o seu produto, o que não o torna de forma alguma um vilão, mas lhe outorga uma evidente superioridade no relacionamento com o consumidor.”

Note-se que a lei de defesa do consumidor (CDC), conforme previsto no art. 48 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, deveria ser elaborada no prazo de cento e vinte dias a contar da promulgação da Constituição Federal; contudo, restou publicada no Diário Oficial da União só em 12 de setembro de 1990, ou seja, quase dois anos após a promulgação da Carta Magna.

## 1.2. CONCEITO

Ao delimitar o âmbito de incidência do CDC, imperioso definir o conceito de relação de consumo, visto que, configurada esta, afasta-se a incidência de qualquer outro regramento, regendo-se ela pela norma especial, o Código de Defesa do Consumidor, como registrado por NERY JÚNIOR<sup>13</sup>:

“É importante salientar que as relações de consumo fazem parte do regulamento do Código de Defesa do Consumidor, que, por assim dizer, configura um microsistema próprio, que não se contamina dos princípios fundamentais que regem outras relações civis, comerciais etc. Assim, os princípios do Código Civil, Código Penal, Código de Processo Civil, Código Comercial, Código de Processo Penal etc., não se aplicam às relações de consumo que devem obediência apenas à principiologia do Código de Defesa do Consumidor. Os outros dispositivos de outros Códigos e leis são aplicáveis às relações de consumo apenas subsidiariamente, na lacuna do CDC e no que não colidir com as normas e os princípios do microsistema do Código de Defesa do Consumidor.”

---

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, jan./mar. 1991, pp. 30-1.

A Lei n.º 8.078/90 (CDC) conceitua os elementos da relação jurídica de consumo (consumidor, fornecedor, produto/serviço) sem defini-la expressamente, encargo assumido pelos doutrinadores.

Assim, **FILOMENO**<sup>14</sup> afirma que a relação de consumo é relação jurídica diferenciada pela manifesta situação de inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, conceituando-a da seguinte forma:

- “1. envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor);
- “2. tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor;
- “3. o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.”

Com posicionamento diverso, **NUNES**<sup>15</sup> traz como decisiva na caracterização da relação jurídica de consumo a oferta em série de bens ou serviços, sem que tenha relevância a tipificação (ou não) das figuras do fornecedor e do consumidor:

“(...) quando os produtos ou serviços oferecidos no mercado são tipicamente de consumo, isto é, são produzidos em série, levados ao mercado numa ampla rede de distribuição, com ofertas sendo feitas através de inúmeros veículos de informação, para que alguém (não importando muito quem) em certo momento os adquira, estamos diante de típica relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor.”

Já, **NÉRY JÚNIOR**<sup>16</sup>, enfatizando que a identificação da relação jurídica de consumo se dá pelo elemento teleológico, ou seja, pela destinação final do produto ou serviço ao consumidor, leciona: “O objeto de regulamentação pelo Código de Defesa do

<sup>14</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 32.

<sup>15</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 157.

<sup>16</sup> GRINOVER, A. P. [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 270.



Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor.”

No mesmo sentido é a conceituação trazida por **NASCIMENTO**<sup>17</sup>: “Relações de consumo são aquelas relações jurídicas relativas à aquisição ou utilização de produtos e serviços, em que o adquirente, ou utente, aparece como destinatário final.”

Nota-se que, pela sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que traz, além da figura do consumidor, pessoas a ele equiparadas, não se pode restringir a relação de consumo a relações jurídicas de natureza contratual, em que se adquire ou se utilizam bens, conclusão a que chega **ALMEIDA**<sup>18</sup> ao referir: “A menção do contrato como fonte dos actos de consumo é, de certo, demasiado restrita e só é de aceitar nos textos cujo objeto próprio e específico se não alongue para além das relações contratuais. Os bens e serviços de consumo não são necessariamente fornecidos ou prestados no quadro contratual.”

Em consonância com o entendimento acima, **NORONHA**<sup>19</sup> explicita que a relação jurídica de consumo apresenta três diferentes amplitudes: relação contratual de consumo, relativa, tão somente, a relações jurídicas resultantes de contratos de consumo; a relação obrigacional de consumo, incluindo, além das relações contratuais, as obrigações por declaração unilateral de vontade (como a veiculação de publicidade comercial, por exemplo) e a responsabilidade por fato ou vício do produto ou serviço; e, ainda, a relação geral de consumo que, com maior amplitude, abrange toda relação jurídica relativa a interesses de consumidores – “aqui o enfoque é posto no que se poderia chamar de consumidor-cidadão”. Típica desta terceira acepção é a inclusão na tutela do consumidor da proteção do meio ambiente”.<sup>20</sup>

Quanto a este terceiro aspecto, **ALMEIDA** comenta:

“Os autores que pretendem ir mais longe, relacionando os consumidores também com os serviços públicos de natureza administrativa e com os bens livres da natureza (ar, água, espaços verdes), acham-se isolados, porque correm o risco de amalgamar problemas bem diversos, eventualmente suscetíveis de aproximações, mas tão complexos e

<sup>17</sup> **NASCIMENTO**, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 11.

<sup>18</sup> **ALMEIDA**, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 214.

<sup>19</sup> **NORONHA**, Fernando. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo, Cláusulas Abusivas e Responsabilidade do Fornecedor**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 5, p. 148.

<sup>20</sup> **NORONHA**, F. Idem, p. 150.

inovadores que nada se ganharia com a sua justaposição.”<sup>21</sup>

No presente trabalho, considerar-se-á a relação jurídica de consumo para além do âmbito contratual, não suficientemente amplo para abarcar, por exemplo, o conceito de consumidor trazido pelo novo disciplinamento, no qual se tem não só o contratante (comprador) como consumidor. Adota-se, aqui, a relação de consumo em sua dimensão obrigacional, com abrangência da responsabilidade resultante de contrato, da responsabilidade advinda de declarações unilaterais de vontade, bem como da responsabilidade por fato ou vício do produto/serviço oferecido no mercado de consumo (responsabilidade extracontratual).

### 1.3. CONSUMIDOR

A Lei n.º 8.078/90 (CDC) traz como característica marcante a definição de conceitos, dentre eles a do consumidor, que se apresenta em quatro diferentes aspectos.<sup>22</sup>

Segundo o art. 2º, CDC, tem-se como consumidor *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”*

É equiparada a consumidores, consoante regra do parágrafo único deste artigo, *“a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”* Nos casos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, *“equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”* (art. 17, CDC) e, no âmbito das práticas comerciais e da proteção contratual, *“equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”* (art. 29, CDC).

No que diz com a definição trazida pelo *caput* do art. 2º do CDC, tem-se o conceito de consumidor *“stricto sensu”*,<sup>23</sup> assim tidas as pessoas que adquirem

<sup>21</sup> ALMEIDA, C. F. de. Ob. cit., p. 216.

<sup>22</sup> CUNHA, Belinda Pereira da. *Da Proteção do Consumidor de Serviços*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p. 18-27, abr./jun. 1999, restringe a três os conceitos de consumidor na Lei n.º 8.069/90.

<sup>23</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 147. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.1).

ou utilizam bens/serviços como *destinatários finais*. Adotando tal restrição para tipificar o consumidor **ALMEIDA**<sup>24</sup> escreve: “o consumidor é um não-profissional ou quem como tal actua, isto é, fora do âmbito de sua actividade profissional. Daí que se conclua que o chamado ‘consumo intermediário’, em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final (*Endverbraucher, Letztverbraucher, ultimate consumer*).”

No intuito de melhor definir o âmbito do conceito legal, delineando mais nitidamente a figura do consumidor, surgiram duas correntes doutrinárias antagônicas.

De um lado, os finalistas (adeptos da concepção subjetiva, também chamada restrita ou minimalista), argumentam que a tutela especial conferida aos consumidores justifica-se na vulnerabilidade desta figura em relação ao fornecedor, pelo que há de se interpretar restritivamente a expressão “destinatário final”.

Considera-se destinatário final do produto ou do serviço, apenas, os destinatários fáticos e econômicos, ou seja, quem retira o bem da cadeia de produção, sem reinseri-lo no mercado.<sup>25</sup>

Neste sentido, José Reinaldo de Lima Lopes citado por **FILOMENO**<sup>26</sup>, aponta a ausência de referência, junto ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), à “subordinação econômica do consumidor”, considerada pelo autor como elemento essencial na conceituação de consumidor, já que deverá haver um desequilíbrio entre as posições do fornecedor e consumidor para que incida a lei protetiva, consoante posicionamento jurisprudencial norte-americano, pelo qual se considera a posição econômica das partes.

Com entendimento diverso, os maximalistas defendem a concepção objetiva, de enfoque econômico, do conceito consumidor, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor de forma ampla.

Destinatário final é o simples destinatário fático do produto, ou seja, quem retira o bem do mercado, inobstante para utilização em sua atividade profissional.

“A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado.

<sup>24</sup> ALMEIDA, C. F. Ob. cit., p. 215.

<sup>25</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 142.

<sup>26</sup> FILOMENO, J. G. B. Ob. cit., p. 33.

Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever (...)<sup>27</sup>

NORONHA<sup>28</sup> aponta que, segundo a orientação objetivista (maximalista), com ênfase ao aspecto econômico, as pessoas jurídicas seriam tidas como consumidoras apenas quanto aos bens adquiridos ou serviços prestados que não se incorporassem nos bens/serviços por ela oferecidos no mercado de consumo. Com tal entendimento, no exemplo acima citado, a fábrica de celulose que adquire veículo de transporte para visitantes seria considerada consumidora, vez que o automóvel não seria insumo da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, não obstante o carro vise à promoção de atividade de transformação e comercialização dos produtos.

Refere NASCIMENTO<sup>29</sup> que o conceito *stricto sensu* de consumidor (art. 2º, CDC) abrangeria não só aquele que pratica “ato de consumir”, mas, também, o que pratica “ato de usar”, sendo, assim, abrangido o usuário, pelo que se teria na qualidade de consumidores o locatário, arrendatário, comodatário etc.

Tal posicionamento é contestado, especialmente no que diz com a consideração do locatário como consumidor, haja vista regulamentação específica da matéria pela Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, lei esta posterior ao CDC, tendo-se afirmado a inexistência do fornecimento de produtos ou realização de serviços na locação imobiliária<sup>30</sup>.

O argumento quanto à não-incidência da lei anterior (Lei n.º 8.078/90), aplicando-se lei posterior que regula a matéria de locação residencial (Lei n.º

<sup>27</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 143.

<sup>28</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo, Cláusulas Abusivas e Responsabilidade do Fornecedor**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 5, p. 182.

<sup>29</sup> NASCIMENTO, T. M. C. Ob. cit., p. 21.

<sup>30</sup> Rio Grande do Sul. Tribunal de Alçada. 2ª Câmara. Apelação n.º 196.189.872, Relator: Juiz Roberto Laux: “O Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos de locação, pois a locação imobiliária não se constitui relação de consumo, faltando-lhe as características apontadas nos arts. 2º e 3º da Lei n.º 8.078/90, não podendo ser enquadrada como fornecimento de um produto nem como prestação de um serviço, contando, ademais, com legislação especial a regulá-la (Lei n.º 8.245/91), cujo art. 79 determina a aplicação subsidiária apenas do Código Civil e Código de Processo Civil.” *In* Revista dos Tribunais, [São Paulo], v. 745, p. 388-391, nov. 1997.

8.245/91) é rebatido com o disposto no art. 2º e §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>31</sup>, regras sobre a coexistência de normas compatíveis entre si.

Abordando a matéria, MARQUES<sup>32</sup> destaca: “Se a lei é posterior, como no caso da Lei n.º 8.245/91, é de se examinar a compatibilidade do CDC com a lei mais nova. No caso, o CDC e a nova Lei de Locações são perfeitamente compatíveis, tratam de aspectos diferentes da mesma relação contratual e serão usadas conjuntamente quando tratar-se de locações urbanas não-comerciais.”

Cabe ressaltar que o locatário passível de ser considerado consumidor é, tão-só, o que pretende utilizar o imóvel (produto, como qualquer outro, oferecido no mercado de consumo, e que, nos termos do CDC, inclui bens imóveis) como sua residência, ou seja, restringe-se à locação residencial, regendo-se a locação comercial pela Lei n.º 8.245/91, Lei de Locações.

É expresso na Lei n.º 8.078/90 (CDC), em seu art. 2º, que consumidor é a pessoa que “*utiliza produto*” como destinatário final, pelo que se tem por incontestável a condição de consumidor ao locatário.

Caracterizado o consumidor *stricto sensu*, passa-se ao exame das figuras equiparadas a consumidor. Incluem-se nesta categoria, pelo disposto no parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Tal norma estende o âmbito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), possibilitando que o grupo de consumidores exerça seus direitos de forma conjunta, embora não se tenha exata identificação de quantos e quais indivíduos componham esta coletividade:

“(...) o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim abstratamente as

<sup>31</sup> “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

<sup>32</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 169.

referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores.”<sup>33</sup>

Em complementação a esta norma do parágrafo único do art. 2º do CDC é que se tem no art. 81 do mesmo diploma legal, junto ao capítulo que trata da defesa do consumidor em juízo, conceituados os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>34</sup>.

Outra norma de expansão da abrangência do conceito de consumidor encontra-se no art. 17 do CDC que, com fundamento no princípio indenizatório da reparação integral do dano<sup>35</sup> trazido pelo art. 6º, inciso VI, CDC<sup>36</sup>, impõe o regime da responsabilidade objetiva como regra nos casos de dano produzido por bem ou serviço colocado no mercado de consumo, aplicando-se a todas as vítimas, sejam ou não consumidores *stricto sensu*.

Trata-se da proteção do chamado *bystander*, terceiro alheio à relação contratual que se vê atingido por um defeito do produto ou do serviço, não se considerando pressuposto da indenização a relação contratual direta da vítima e do fornecedor do produto ou prestador do serviço. É com base nesta norma que restam protegidos, como consumidores, a pessoa presenteada com produto defeituoso; o empregado que sofre queimaduras com o uso de aparelho elétrico defeituoso etc.

“Entre os exemplos mais sugestivos de propagação dos danos materiais ou pessoais, lembramos as hipóteses de acidentes de trânsito, do uso de agrotóxicos ou fertilizantes, com a conseqüente contaminação dos rios, ou da construção civil, quando há comprometimento dos prédios vizinhos. Em todos esses casos, o Código assegura o ressarcimento dos

<sup>33</sup> GRINOVER, A. P. [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 28.

<sup>34</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

<sup>35</sup> NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A Prova no Direito do Consumidor – o ônus da prova no Direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 33.

<sup>36</sup> “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”

danos causados a terceiros que, para todos os efeitos legais, se equiparam aos consumidores.”<sup>37</sup>

Por fim, o alargamento do conceito trazido pela norma do art. 29 da Lei n.º 8.078/90 (CDC), pela qual se equiparam a consumidores “*todas as pessoas expostas às práticas comerciais*”, abrangendo até mesmo as pessoas que não tenham efetivamente adquirido ou utilizado o produto/serviço.

A norma justifica-se pelo fato de que

“(…) o legislador do CDC previa a passividade do consumidor *stricto sensu*, a prevalência do fornecedor monopolista e a possibilidade de que talvez o consumidor *equiparado* viesse a instigar a resposta do sistema, o combate efetivo das práticas abusivas, com diretos e indiretos reflexos positivos para o consumidor, forçando a instituição de um mercado mais harmônico e menos abusivo.”<sup>38</sup>

Sublinha-se que, por este novo conceito de consumidor, não cabe perquirir acerca do critério de destinação final, sendo suficiente o simples fato de estar em situação de exposição à prática comercial, caso em que sequer se exige uma efetiva relação de consumo – “A equiparação procedida pelo art. 29 do Código – dispositivo resultante de negociações parlamentares (cf. Benjamin, 1991:147) – refere-se àqueles que não são partes em contrato de consumo, mas que podem vir a ser.”<sup>39</sup>

Cabe, ainda, mencionar a inclusão das pessoas jurídicas, de direito público e privado<sup>40</sup>, no conceito de consumidor, trazendo-se a lição de NASCIMENTO<sup>41</sup>, que, embora pretendesse o constituinte incluir no conceito de consumidor, tão-só, a pessoa física, não há falar em inconstitucionalidade da Lei n.º 8.078/90 (CDC) quanto ao conceito mais abrangente, tipificando como consumidor a pessoa jurídica, já que se permite à lei infraconstitucional garantir outros direitos que não os constantes na Constituição Federal de 1988, desde que não importe afronta ao Texto Básico.

<sup>37</sup> GRINOVER, A. P. [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 97.

<sup>38</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 159.

<sup>39</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os Direitos do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 235.

<sup>40</sup> GRINOVER, A. P. (Coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad Ltda. 1984, p. 113 (Série Estudos Jurídicos n.º 1), em artigo da autoria de Waldírio Bulgarelli (A Tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e *De Lege Ferenda*) afirma-se que consumidores “Em princípio seríamos todos, inclusive as próprias empresas e mesmo o Estado quando adquirente de produtos ou usuário.”

<sup>41</sup> NASCIMENTO, T. M. C. Ob. cit., p. 24.

**FILOMENO**<sup>42</sup> discorda da inclusão das pessoas jurídicas no grupo dos consumidores, justificando com a “simples constatação de disporem as pessoas jurídicas de força suficiente para arquitetar sua defesa, enquanto que o consumidor, ou mesmo a coletividade de consumidores, ficam totalmente imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum.”

A jurisprudência endossa o entendimento: “Por não presumir parte vulnerável e por se dedicar a atividade produtiva e lucrativa, a pessoa jurídica, por isso mesmo, não se presume consumidora e só terá proteção do Código do Consumidor se afirmar e demonstrar a satisfação aos requisitos de ordem subjetiva, objetiva e finalística.”<sup>43</sup>. Assim, é que se tem presumida a vulnerabilidade do consumidor-pessoa física, cabendo provar a vulnerabilidade quanto aos consumidores-pessoas jurídicas.

Como bem apontado por **NORONHA**<sup>44</sup>, o critério de melhor aplicação seria, não o de pessoa física e pessoa jurídica, mas o de empresário e não-empresário, “ou seja, entre os consumidores que são detentores do poder econômico e aqueles que simplesmente atuam na condição de meros usuários dos bens oferecidos no mercado, mesmo quando se trate de pessoas jurídicas, como sucede, por exemplo, na generalidade das associações, públicas ou privadas, e também nas fundações.”

**BENJAMIN** enfatiza que a Lei n.º 8.078/90 (CDC) protege, além do consumidor-pessoa física, o pequeno empresário, vítima dos abusos do mercado, devendo-se, em qualquer caso, ter em conta o critério econômico da destinação empregado pela norma consumerista brasileira – “Consequentemente, qualquer que seja a natureza jurídica do consumidor econômico (pessoa física ou jurídica), não atinge ele a qualidade *jurídica* de consumidor se a aquisição ou propensão à aquisição não se fizer como ‘destinatário final’”.<sup>45</sup>

Em diferente prisma, associando a figura do consumidor com sua situação de inferioridade no mercado de consumo, já em 1984, **BULGARELLI**<sup>46</sup> conceituava: “Consumidor é aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se por isso uma relação atual ou potencial, fáctica sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando quer reparando os danos sofridos.

<sup>42</sup>FILOMENO, J. G. B. Ob. cit., p. 32.

<sup>43</sup> São Paulo. 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. 4ª Câmara. Apelação n.º 536.207-00/8. Relator: Juiz Celso Pimentel. 26 de novembro de 1998. Revista dos Tribunais, [São Paulo], v. 763, p. 268-271, maio 1999.

<sup>44</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Capítulo 5 – A Relação de Consumo e suas Especificidades, p. 179.

<sup>45</sup> BENJAMIN, A. H. V e. Ob. cit., p. 275.

<sup>46</sup> GRINOVER, A. P. (Coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1984, p. 113 (Série Estudos Jurídicos n.º 1).



Supera assim a acanhada noção de adquirente ou usuário, para alcançar na sua amplitude todos os que se encontrem numa situação de consumir.”

Além de conceituar a figura do consumidor, a Lei n.º 8.078/90 (CDC) o qualifica, em seu art. 4º, inciso I, como vulnerável, expressando o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, Constituição Federal de 1988). E, com base no princípio da Política Nacional de Relações de Consumo que reconhece a “*vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*”,<sup>47</sup> tem-se outra das duas características básicas do conceito de consumidor: “As duas idéias, da destinação final e da vulnerabilidade, são essenciais, como já se mencionou, para a caracterização do consumidor: a primeira permite delinear quem pode assim ser considerado, a segunda aponta a função, ou finalidade, da tutela instituída.”<sup>48</sup>

Assim, da conjugação dos requisitos acima – destinação final e vulnerabilidade - tem-se a caracterização da figura do consumidor *stricto sensu*, delineada no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

As figuras equiparadas a consumidor, trazidas pelos arts. 17 e 29 da Lei n.º 8.078/90, prescindem de tais elementos, abarcando a coletividade, embora não determinadas as pessoas que a compõem; as vítimas de fatos do produto ou do serviço, e pessoas expostas às práticas comerciais, lhes conferindo especial tutela protetiva independentemente de existir uma relação jurídica de consumo concretizada entre as partes, da destinação final ou da vulnerabilidade do prejudicado frente ao fornecedor.

É a conclusão a que se chega, tendo-se em mente, e.g., a situação do proprietário de restaurante que adquire gás de cozinha (insumo à atividade profissional), apresentando o botijão defeito, causando explosão da qual restam lesionados funcionários – não cabe perquirir acerca da vulnerabilidade ou da destinação final do produto – tais vítimas são consideradas consumidores, vez que atingidas por fato do produto.

<sup>47</sup> NOGUEIRA, T. L. T. *A Prova no Direito do Consumidor – O ônus da prova no Direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 80, refere que a vulnerabilidade, no CDC, é exemplo de presunção legal absoluta, não se admitindo prova em contrário.

<sup>48</sup> NORONHA, F. *Direito do Consumidor*. Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Capítulo 5 – A Relação de Consumo e suas Especificidades, p. 174.

#### 1.4. FORNECEDOR

Define o art. 3º da Lei n.º 8.078/90 a figura do fornecedor como sendo “*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*”

Objetiva-se, assim, englobar como fornecedor todo aquele que participa da cadeia produtiva, inserindo um produto ou serviço no mercado de consumo, mesmo que tenha atividade voltada à fase anterior à inserção do bem no mercado, como é o caso do produtor, criador, construtor etc.

O conceito legal de fornecedor abrange as pessoas jurídicas, sejam de direito privado ou de direito público, o que é confirmado pela inclusão, dentre os direitos básicos do consumidor, da “*adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.*” (art. 6º, inciso X, da Lei n.º 8.078/90 - CDC).

Tal como expresso na lei, é tido como fornecedor a pessoa jurídica de natureza pública, ou seja, as pessoas jurídicas de direito público interno – União, Estados e Municípios, bem como os entes da Administração indireta - autarquias<sup>49</sup>, fundações públicas<sup>50</sup>, sociedades de economia mista<sup>51</sup> e empresas públicas<sup>52</sup> - e, ainda, as empresas

<sup>49</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno De acordo com a EC 19/98**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 75-7: “Autarquias são pessoas jurídicas públicas. As empresas públicas, as sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas são pessoas jurídicas privadas. (...) o delineamento essencial da figura da autarquia é dado pelo inciso I do art. 5º, Decreto-lei 200/67. Segundo esse dispositivo a autarquia é um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

<sup>50</sup> Dec.-lei 200/67, “Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se: (...) IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”

<sup>51</sup> Dec.-lei 200/67, art. 5º, inciso “III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta.”

<sup>52</sup> Dec.-lei 200/67, art. 5º, inciso “II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”

concessionárias e permissionárias de serviços públicos<sup>53</sup>, as quais devem prestar “serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais<sup>54</sup>, contínuos”, como explicitado no art. 22 da Lei n.º 8.078/90 (CDC), complementado pelo art. 6º, § 1º, da Lei n.º 8.987/95 - Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas, que conceitua serviço adequado como sendo “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

É fornecedor também o estrangeiro, sendo ele residente ou não no País, sublinhando-se que a Constituição Federal de 1988, pelo *caput* de seu artigo 5º, dispõe possuírem iguais direitos dos brasileiros os estrangeiros residentes no País, restringindo o âmbito dos direitos de estrangeiros domiciliados no exterior.

Contudo, tal distinção (estrangeiros residentes e estrangeiros não residentes no País) restringe-se aos direitos, não se aplicando aos deveres/obrigações, vez que inexistente, seja na Constituição Federal Brasileira de 1988, seja em legislação infraconstitucional – inclusive na Lei n.º 8.078/90 (CDC) -, qualquer dispositivo pelo qual se imponha diferenciação.

Endossando tal entendimento, **REQUIÃO**<sup>55</sup> salienta que o estrangeiro residente no exterior é apto a exercer o comércio no Brasil por inferência das normas do Decreto n.º 58.400/66, que trata do imposto sobre a renda, sujeitando os estrangeiros com residência fora do país ao pagamento de tributo sobre rendimentos provenientes de fontes situadas no Brasil, com o que se deduz que tais pessoas podem ser comerciantes.

Cabe, ainda, no conceito de fornecedor a figura do incapaz, como por exemplo o menor de vinte e um anos, que venha a participar da cadeia produtiva ou prestar serviços remunerados, vez que não se examina, para configuração do fornecedor, a capacidade do agente ou qualquer outro elemento relativo à validade do negócio jurídico, o qual produz seus efeitos no mundo fático, caracterizando-se como fornecedores, por exemplo,

<sup>53</sup> Constituição Federal Brasileira de 1988, “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”. MEDAUAR, O. Ob. cit., p. 361: “Ante a Lei 8.987/95, a *diferença entre concessão e permissão de serviço público* situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto que a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração.”

<sup>54</sup> LAZZARINI, Alvaro. **Consumidor de Serviços Públicos – Dever de indenizá-lo enquanto Cidadão**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 774, p. 126-133, abr. 2.000, p. 133, citando José Cretella Júnior, refere: “Essencialidade’ envolve juízo de valor e, por isso, não se discute no plano lógico, mas apenas no jurídico. ‘Serviços ou atividades essenciais’ são aqueles que a regra jurídica ordinária define como tal. E a lei tem de ser federal.”

<sup>55</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. 1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 87-8.

os proibidos de comerciar<sup>56</sup>, “Com efeito, não seria lógico que se negasse proteção a um consumidor pelo fato do fornecedor estar descumprindo a lei.”<sup>57</sup>

De igual forma, não se considera, para a tipificação do fornecedor, a existência de personalidade jurídica, com o que se tem nesta condição às sociedades de fato (sem atos constitutivos) e as sociedades irregulares (com atos constitutivos não registrados), espécies do gênero *entes despersonalizados*, expressamente mencionado no art. 3º da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no qual se enquadram, ainda, a massa falida<sup>58</sup>, o espólio<sup>59</sup>, o condomínio<sup>60</sup> etc.

Sob outro ângulo, do enunciado conceitual do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor tem-se como fornecedor não apenas o alienante, a pessoa que se desfaz da propriedade do bem, mas qualquer pessoa que transfira o uso, a posse direta, do bem a terceiro, como o locador e o arrendante, pessoas que exercem atividade, fornecida no mercado de consumo, de comercialização (conceito mais amplo do que o de alienação) do uso e gozo de um bem imóvel.

**FILOMENO**<sup>61</sup> traz como elemento inerente ao conceito de fornecedor, distinguindo-o do mero vendedor, além da tipificação em uma das figuras trazidas pelo art. 3º do CDC e a realização das atividades indicadas na norma referida, a habitualidade, ou seja, para caracterização do fornecedor necessário que este desenvolva a atividade de montagem, criação, construção, etc. de forma usual, enquanto que o vendedor é aquele que realiza tais atividades esporadicamente, sem o caráter habitual.

<sup>56</sup> O Código Comercial, em seu art. 2º, arrola os proibidos de comerciar: “1. Os presidentes e os comandantes de armas das províncias, os magistrados vitalícios, os juizes municipais e os de órfãos, e oficiais da Fazenda, dentro dos distritos em que exercerem as suas funções; 2. Os oficiais militares de 1ª linha de mar e terra, salvo se forem reformados, e os dos corpos policiais; 3. As corporações de mão-morta, os clérigos e os regulares; 4. Os falidos, enquanto não forem legalmente reabilitados.”. Ainda, pelo mesmo diploma legislativo, tem-se, nesta situação, os corretores (art. 59), leiloeiros (art. 68), capitão de navio que navega em parceria de lucro sobre a carga (art. 524). Em leis especiais, tem-se como proibidos de comerciar os cônsules (Decreto n.º 4.868 de 1882 e Decreto n.º 3.529 de 1889), os médicos em relação ao comércio farmacêutico e os farmacêuticos em relação ao exercício da medicina (Decreto n.º 19.606 de 1931 e Decreto n.º 20.877/31) etc.

<sup>57</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 25.

<sup>58</sup> Massa falida é designação do direito falimentar que designa todo o ativo e passivo do falido, ou seja, é o conjunto de bens e interesses do falido, considerada universalidade de bens sem personalidade jurídica, inobstante apresente capacidade de estar em juízo, como autora ou ré, representada pelo síndico.

<sup>59</sup> Espólio é expressão que conceitua o patrimônio do falecido, a ser transmitido aos herdeiros, salvo os bens e interesses de caráter personalíssimo, inerentes à pessoa do *de cuius*; trata-se de universalidade sem personalidade jurídica, representada, judicial e extrajudicialmente, pelo inventariante.

<sup>60</sup> A expressão condomínio, aqui, é utilizada para designar o condomínio de apartamentos, compropriedade em edifícios nos quais se tem unidades autônomas destinadas a residência e áreas comuns, como as áreas de circulação, sendo que, representado pelo síndico, tem capacidade processual, ativa e passiva, não apresentando, contudo, personalidade jurídica.

<sup>61</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 30.

Com semelhante entendimento, **MARQUES**<sup>62</sup> tem como critério para identificar o fornecedor de produtos a profissionalidade da atividade desenvolvida e, no que diz com o fornecedor de serviços, a remuneração.

**NORONHA** põe ênfase no conceito de “atividade organizada (que também pode se dizer profissional) de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços”<sup>63</sup>, para caracterizar o fornecedor, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.078/90.

No mesmo sentido, **BENJAMIN** alerta para o fato de que “O CDC, em nenhum momento, fala em habitualidade como requisito para a caracterização da posição jurídica de fornecedor. Parece, contudo, que uma certa profissionalidade está implícita. Tanto assim que é feita referência, no texto do dispositivo, a desenvolvimento de atividades, o que indica, senão habitualidade, pelo menos algum componente profissional.”<sup>64</sup>

É com base na inexistência de limitação no conceito legal que outros autores defendem o entendimento de que não há razão em se exigir à caracterização da figura do fornecedor a habitualidade ou a profissionalidade.

“Assim, o caráter de habitualidade ou de profissionalidade deixa de ter sentido para o enquadramento ao tipo legal, pois poderá ocorrer situação de colocação de produtos ou serviços no mercado de consumo por pessoas não especializadas (não profissionais) e sem o caráter de habitualidade, como no caso do cidadão que em um momento de ‘aperto’ compra roupas para revendê-las. A lei não fala no caráter habitualidade ou profissionalidade, apenas menciona o fato de ‘desenvolver atividade’ para a subsunção ao tipo legal.”<sup>65</sup>

Com idêntico entendimento, **NASCIMENTO**<sup>66</sup> argumenta que exigir atividade profissional para caracterizar o fornecedor equivale a afirmar que determinados consumidores não têm proteção na Lei n.º 8.078/90 (CDC), o que violaria as normas estampadas nos arts. 5º, XXXII, e 48, respectivamente, da Constituição Federal Brasileira de 1988 e de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

<sup>62</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 162-3.

<sup>63</sup> NORONHA, F. *Direito do Consumidor*. Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Capítulo 5 – A Relação de Consumo e suas Especificidades, p. 161.

<sup>64</sup> BENJAMIN, A. H. V. e. Ob. cit., p. 276.

<sup>65</sup> NOGUEIRA, T. L. T. *A Prova no Direito do Consumidor – O ônus da prova no Direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 37.

<sup>66</sup> NASCIMENTO, M. C. do. Ob. cit., p. 29.

Inobstante a autoridade dos autores, não se comunga do entendimento pelo qual a simples alienação, despida de caráter profissional/habitual, bem como da hiperssuficiência do fornecedor, bastaria a conferir tutela protetiva ao consumidor.

A Lei n.º 8.078/90 regula as relações jurídicas de consumo, nas quais se tem por imprescindível não só a presença de um consumidor, mas também de um fornecedor e de um bem qualificável como produto ou serviço, com o que se entende insuficiente para a incidência da lei protetiva a caracterização do consumidor (destinatário final).<sup>67</sup>

Ademais, a Constituição Federal de 1988 traz a defesa do consumidor como um dos princípios da atividade econômica<sup>68</sup> em um contexto de relação de consumo, com o que se diferencia esta figura do mero adquirente, comprador, que tem seus direitos quanto aos vícios do produto/serviço assegurados pelo Código Civil (1916) ou Código Comercial (1850).

Tal posicionamento é corroborado pela literalidade do artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88, no qual se insere como direitos e garantias fundamentais<sup>69</sup> a incumbência de o Estado promover, *na forma da lei*, a defesa do consumidor, sendo que a legislação ordinária veio a exigir, para configuração da relação jurídica de consumo, a presença do consumidor, do fornecedor e de produto/serviço, figuras estas que mereceram, inclusive, conceituação legal.

Assim, a defesa do consumidor resta implementada pelo Estado, na forma da Lei n.º 8.078/90, que disciplina a relação jurídica de consumo como integrada pelas figuras do consumidor, fornecedor e produto ou serviço.

Para caracterizar a figura do fornecedor na relação jurídica de consumo se faz necessária, além da habitualidade/profissionalidade, a pertinência entre a

<sup>67</sup> Assim é que se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 10ª Câmara de Direito Privado, na Apelação n.º 11.955-4 (Relator Quaglia Barbosa, julgada em 18.6.86, votação unânime): “Questão estranha aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Não configuração de relação de consumo, quando o alienante não ostenta a qualidade de fornecedor, no sentido técnico e jurídico.” (trecho da ementa), in JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva, CD-ROM n.º 11, 1º Trimestre/98.

<sup>68</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor;”

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 324, menciona que “Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles”, regra seguida no que pertine à Lei n.º 8.078/90, em que se defere proteção ao consumidor, exigindo-se, contudo, que esta figura esteja inserida em uma relação de consumo para merecer o tratamento protetivo.

atividade desenvolvida e o bem/serviço alienado ou posto à disposição<sup>70</sup>. Aceitando tal entendimento, a jurisprudência enfatiza:

“O fornecedor de produtos, de acordo com o disposto no Código do Consumidor, para ser caracterizado como tal, deve atuar no curso de sua atividade-fim.

“Um prestador de serviços que faz negócio diverso de sua profissão, tal como um agente de viagens que vende seu automóvel particular, não pode ser considerado fornecedor nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Do contrário, desapareceria a especialidade da tutela regida pela Lei n.º 8.078/90.

“Não ficando comprovado que o agravante exercia atividade comercial com profissionalidade, não devem ser aplicadas as normas de competência jurisdicional contidas no Código de Defesa do Consumidor. Recurso de agravo a que se provê.”<sup>71</sup>

Desse modo é que se toma, no presente trabalho, o conceito de fornecedor como aquele que desenvolve (não basta realizar), com profissionalismo/habitualidade e de forma organizada, atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços relacionados estes com a atividade-fim do profissional, sublinhando-se que, cada um dos colaboradores para que o produto seja colocado no mercado - que podem ser inúmeros, cabendo a pessoas diversas desde o projeto, a criação, até a montagem e distribuição do produto - é, para efeitos do Código de Defesa do Consumidor, tido como fornecedor e, assim, responsável, solidariamente<sup>72</sup>, pelos danos ocorridos, o que se justifica pela dificuldade e/ou impossibilidade de o consumidor localizar o defeito e identificar o responsável pela etapa de produção em que este se deu.

<sup>70</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Capítulo 5 – A Relação de Consumo e suas Especificidades, p. 161, ressaltando que o produto ou serviço, objeto da relação jurídica, deve ser pertinente à atividade empresarial desenvolvida: “Assim, como Rizzatto Nunes também enfatiza, não se aplica o Código ‘se um comerciante que exerce atividade típica no mercado (definida no caput do art. 3º) vende objeto seu, sem qualquer relação com sua atividade comercial’. É o que acontece, diz, quando ‘uma padaria vende uma kombi usada’”.

<sup>71</sup> Distrito Federal. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Cível. Dar provimento ao recurso. Decisão unânime. Agravo de Instrumento n.º 89.902. Relator: Desembargador Hermenegildo Gonçalves. 21 de outubro de 1.996. Diário da Justiça [Distrito Federal], 27.11.96, seção II/III, p. 21.905.

<sup>72</sup> A co-autoria com solidariedade entre os “autores da ofensa” é trazida pelos arts. 7º, parágrafo único, e 25, ambos da Lei n.º 8.078/90, que reproduzem a norma do art. 1.518 do Código Civil (“se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”).

## 1.5. PRODUTOS E SERVIÇOS

O objeto da relação de consumo vem conceituado pela Lei n.º 8.078/90, nos parágrafos do art. 3º, tendo-se como produto<sup>73</sup> “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, e serviço como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Do conceito legal, extrai-se a ampla abrangência dos conceitos, sendo que o legislador classificou como produto todos os bens, objetos passíveis de satisfazer necessidades do adquirente/utente, sejam eles de natureza móvel ou imóvel, materiais ou imateriais.

A classificação entre bens móveis e imóveis vem disciplinada pelo Código Civil Brasileiro que, relativamente aos bens imóveis, os que não são transportáveis sem destruição, os divide em imóveis por natureza, conceituados no art. 43, inciso I, CCB como sendo “o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo”; imóveis por acessão, ou seja, coisas móveis incorporadas ao solo de forma permanente, assim como “a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano”, nos termos do art. 43, inciso II, do CCB; imóveis por acessão intelectual, os que são assim considerados, por ficção legal, devido à intenção do dono de os manter incorporados a um prédio, segundo o inciso III do artigo 43, CCB, “tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade.”; e, ainda, os imóveis por definição legal do art. 44 do Código Civil, que considera como imóveis os direitos reais sobre imóveis, as apólices da dívida pública com cláusula de inalienabilidade e o direito à sucessão aberta.

Os bens móveis vêm conceituados pelo artigo 47 do Código Civil, que dispõe: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia.”, trazendo o artigo seguinte, os móveis por definição legal: “I. Os direitos reais

---

<sup>73</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 31, José Geraldo Brito Filomeno enfatiza que, seguindo melhor técnica de Direito e de economia política, deveria ter sido empregado na lei o termo *bem*, ao invés de produto, sendo aquele conceito mais abrangente e genérico. Em sentido oposto, Nélson Nery Júnior, na mesma obra (p. 308), ao referir o regime jurídico próprio conferido aos produtos, menciona ser este “noção muito mais abrangente que a de ‘bem’ e a de ‘coisa’ do Código Civil.



sobre objetos móveis e as ações correspondentes. II. Os direitos de obrigação e as ações respectivas. III. Os direitos de autor.”

Bem nota **LÔBO**<sup>74</sup> que “A lei brasileira inclui os imóveis nos produtos lançados no mercado, ao contrário da orientação que se tornou dominante na Comunidade Européia, cujas diretivas os afastaram, exceto quanto aos materiais de construção, enquanto tais. Afirma-se que ‘não há diferença significativa entre produção em massa-venda de casas e produção em massa-venda de automóveis.’”

Adotando-se distinta classificação, os bens dividem-se em materiais e imateriais, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei n.º 8.078/90 (CDC), sendo que a doutrina utiliza, como expressões sinônimas, a classificação em bens corpóreos e incorpóreos, diferenciando os conceitos pela existência material que possuem os primeiros. Os bens imateriais, ao contrário, são destituídos de existência física, como por exemplo, os direitos reais, direitos autorais etc.

Tal qual os produtos, os serviços capazes de tipificarem objeto de uma relação de consumo, são dos mais diversos, envolvendo todo tipo de atividades à disposição no mercado, mediante remuneração, com raras exceções trazidas expressamente no enunciado legal.

Abarca o conceito os serviços de natureza bancária, financeira<sup>75</sup>, creditícia e securitária, nos termos expressos da conceituação legal sendo que, já por inferência do disposto no art. 51 do CCB, se tem a atividade bancária como objeto da relação de consumo, vez que classificado o dinheiro como bem juridicamente consumível. Como salienta **NERY JÚNIOR**<sup>76</sup>:

“Os contratos bancários podem ter como objeto o crédito. Destes, os mais comuns são o contrato de mútuo, de desconto, de financiamento de aquisição de produtos ao consumidor, de abertura de crédito, de cartão de crédito etc. Se o devedor destinar o crédito para sua **utilidade pessoal**, como destinatário final, haverá relação jurídica de consumo, sujeita ao regime do CDC.”

<sup>74</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 56.

<sup>75</sup> São Paulo. 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. 4ª Câmara. Entidade financeira de arrendamento mercantil é fornecedora, porque presta serviço de natureza financeira. Daí que, por seu conteúdo, o contrato pode se submeter às regras do Código do Consumidor. Apelação n.º 536.207-00/8. Relator: Juiz Celso Pimentel. 26 de novembro de 1.998. Revista dos Tribunais, [São Paulo], v. 763, p. 268-271, maio 1999.

<sup>76</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 306.

Há, contudo, entendimento diverso, pelo qual se afasta a incidência do Código do Consumidor em contratos bancários de mútuo, sob a justificativa de inexistir consumo de moeda, restringindo-se a aplicação da norma protetiva aos serviços pelos quais se efetua pagamento direto, não implícito, ao banco, como se dá, por exemplo, em cobranças de títulos, remessa de dinheiro, ordens de pagamento, consulta em terminais, aluguel de cofres etc.

“Embora o art. 3º, § 2º, da lei n.º 8.078/90 faça referência expressa a atividades de natureza bancária e financeira, aos contratos de financiamento bancário não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, uma vez não exsurgir relação de consumo, pois não se trata de prestação de serviços nem de aquisição de produto.”<sup>77</sup>

Nota-se, por outro lado, que os demais serviços fornecidos pelos agentes bancários, como financiamentos, abertura de crédito etc., são remunerados de forma explícita, por meio de taxas e encargos, ou de forma implícita, acrescidos os juros incidentes sobre o débito, fórmula costumeiramente empregada no uso de quantia disponibilizada aos correntistas que possuem “cheque especial”.

Ao referir os serviços de natureza securitária, tem-se, também, qualificados como serviços, de forma ampla, as atividades de previdência privada e os contratos de seguros.

Como sublinha **MARQUES**<sup>78</sup>, este tipo de contrato é, via de regra, de longa duração, vinculando o fornecedor e o consumidor-destinatário final, que pode ser o próprio contratante (pessoa que assina o contrato com a seguradora) ou terceira pessoa beneficiária:

“Este importante serviço oferecido no mercado e a relação contratual resultante da vinculação do consumidor durante anos a determinada empresa de previdência privada estão mencionados expressamente no art. 3º do CDC e, como novos contratos de consumo, devem obedecer as novas linhas de equidade e boa-fé impostas pelo CDC. Resumindo, em todos estes contratos de seguro podemos

<sup>77</sup> São Paulo. 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. 8ª Câmara Especial de julho/97. Apelação n.º 694.614/9. Banco Safra S/A e Politrade Assessoria Coml. e outro. Relator: Juiz Franklin Nogueira. 23.09.97. Voto vencedor. Revista dos Tribunais, [São Paulo], v. 753, p. 249-252, jul. 1998.

<sup>78</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 196.

identificar o fornecedor exigido pelo art. 3º do CDC, e o consumidor.”

Nos contratos de seguro-saúde, por exemplo, um dos mais proliferados no mercado de consumo, tem-se como finalidade o acautelamento com os riscos à saúde do consumidor e de seus dependentes, havendo expressa disposição na lei especial que trata da matéria acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor. Dispõe o art. 3º da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, regramento sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde:

“Sem prejuízo das atribuições previstas na legislação vigente e observadas, no que couber, as disposições expressas nas Leis ns.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 8.080, de 19 de setembro de 1990, compete ao Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, ouvido obrigatoriamente, o órgão instituído nos termos do art. 6º desta Lei, ressalvado o disposto no inciso VIII, regulamentar os planos privados de assistência à saúde, e em particular dispor sobre: (...)”

A rechaçar qualquer dúvida sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o § 2º do art. 35, Lei n.º 9.656/98, veda que, da adaptação dos contratos, resulte prejuízo ao *“consumidor no que concerne à contagem dos períodos de carência, dos prazos para atendimento de doenças preexistentes e dos prazos de aquisição dos benefícios”*, utilizando, assim, nomenclatura pertinente à relação jurídica de consumo.

Dessa forma, os contratos de seguro-saúde envolvem obrigações de trato sucessivo, em que os consumidores, por largo período, realizam pagamento de mensalidades, independentemente da prestação de serviços, vez que tais contratos são classificados como aleatórios, ou seja, a contraprestação do fornecedor dependerá da ocorrência (ou não) de fato futuro e incerto (doença do consumidor ou de seus dependentes).

Também os serviços públicos restam abrangidos pela Lei n.º 8.078/90, por expressa disposição legal (art. 175, parágrafo único, inciso II, da CF/88<sup>79</sup> e art. 22, CDC<sup>80</sup>), havendo divergência quanto ao âmbito de incidência da lei especial.

<sup>79</sup> CF/88, art. 175, “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

<sup>80</sup> “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

Consoante doutrina de **FILOMENO**<sup>81</sup>, os serviços públicos remunerados por taxas, uma das modalidades de tributo (além dos impostos e contribuições de melhorias, nos termos do art. 145 da Constituição Federal de 1988<sup>82</sup>), bem como os serviços públicos *uti universis*, oferecidos a todos os cidadãos sem que haja contraprestação específica, sendo custeados pelo pagamento de impostos, restam excluídos do âmbito do Direito do Consumidor, diferenciando-se as figuras do consumidor e do contribuinte, com o que restariam no âmbito das relações de consumo, tão-só, os serviços públicos *uti singuli*, prestados a pessoas individualizadas, determinadas (a exemplo do fornecimento de água), as quais remuneram o serviço por meio de tarifas, também chamadas preços públicos.

**MACHADO**<sup>83</sup> bem resume a diferenciação entre taxa e preço público, enfatizando que a taxa, relativa à atividade estatal, diz com o exercício do Poder de Polícia ou com a prestação de serviço público, atividades privativas, próprias, do Estado, enquanto que o preço público seria a contraprestação a um serviço público não especificamente estatal, a uma atividade de natureza comercial ou industrial:

“a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico do Estado, a receita que a ela se liga é uma taxa;

“b) se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um preço;

c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como taxa ou como preço.

“O importante é entender-se que se a lei denominou a receita como taxa, vinculou esta ao regime jurídico tributário.”

Em sentido diverso, **MARQUES**<sup>84</sup>: “(...) não visualizo base ou motivo legal para diferenciar entre diversos tipos de taxas e outros serviços prestados *uti singuli*, que considero todos incluídos no âmbito de aplicação do CDC.”

Giza-se que, em se abarcando todo serviço público prestado ao cidadão como objeto da relação de consumo, chegar-se-ia à conclusão (inaceitável) de que o serviço policial, Judiciário etc. submeter-se-iam ao regime do Código do Consumidor.

<sup>81</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993, p. 34.

<sup>82</sup> CF/88, art. 145: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderá instituir os seguintes tributos: I- impostos; II- taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III- contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”

<sup>83</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 332.

<sup>84</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 211.

Faz-se necessária a distinção entre serviços relativos às atividades específicas do Poder Público, os quais não se inserem no mercado de consumo e, assim não podem ser caracterizados como serviço nos termos do § 2º do art. 3º, Lei n.º 8.078/90 – CDC (*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo*), e serviços realizados pelo Poder Público em função da carência do iniciativa privada no setor, benefício aos economicamente desfavorecidos, retirada da especulação privada setores vulneráveis<sup>85</sup> etc.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é lei especial e, como tal, deve ter aplicação restrita aos casos em que se justifica a proteção especial ao consumidor, face a sua vulnerabilidade e hipossuficiência, e a limitação à conduta do fornecedor, hipersuficiente, o qual desenvolve atividade objetivando lucro em seu próprio proveito. O Estado, ao prestar serviço estatal típico, atua visando a atender interesse do próprio cidadão, não almeja lucro ou satisfação de interesse próprio.

**FILOMENO**<sup>86</sup> resume: “O que se pretende dizer é que o ‘contribuinte’ não se confunde com o ‘consumidor’, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de direito tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.”

Ressalta-se a exigência legal de remuneração ao serviço (art. 3º, § 2º, Lei n.º 8.078/90 – CDC), para assim ser considerado como elemento de relação de consumo, com o que se advoga a não-incidência do Código de Defesa do Consumidor quando da realização de serviço gratuito – “O fato do serviço ser gratuito afasta-o do Código de Defesa do Consumidor”<sup>87</sup>.

No mesmo sentido, **MARQUES**<sup>88</sup> refere: “Por fim, cabe mencionar que em nossa opinião os serviços públicos gratuitos relacionados com o ensino, como os fornecidos por escolas e universidades públicas, não se inserem como relações de consumo. A *contrario sensu*, porém, quanto à relação Escola/Universidade Privada-estudante e seus representantes legais, caso menores, a sua caracterização como relação de consumo visando à prestação de serviços de ensino não apresenta maior problema.”

<sup>85</sup> MEDAUAR, O. Ob. cit., p. 347.

<sup>86</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993, p. 34.

<sup>87</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 16.

<sup>88</sup> MARQUES, C. M., Ob. cit., p. 214.

Adotando posicionamento em que ampliado o conceito de serviço, prescindindo de remuneração direta, **NORONHA**<sup>89</sup> assevera que a Lei n.º 8.078/90 (CDC) incide nos casos em que os serviços e produtos, embora não tenham sido efetivamente remunerados, apresentem valor pecuniário, vindo este valor a ser embutido nos preços do produto/serviço oferecido, como se tem na hipótese comum do serviço de estacionamento oferecido em supermercados e restaurantes.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor abrange não só a atividade principal do fornecedor, que no caso diz com a venda de produtos (mercados) e alimentos (restaurantes), mas, também, as atividades acessórias por ele realizadas, no caso, o serviço de estacionamento.

Oportuno sublinhar:

“A aparência de gratuidade pode mascarar a remuneração, o que não afasta a viciosidade do serviço. James Marins refere-se a benefício comercial indireto advindo de prestações de serviços aparentemente gratuitas, assim como a remuneração ‘embutida’ em outros custos. É o caso de determinada concessionária que anuncia em promoção a troca do jogo de freios com instalação gratuita. Neste caso, a gratuidade é hipotética pois evidentemente o custo do serviço estará embutido no preço.”<sup>90</sup>

Sob outro prisma, a literalidade do § 2º do art. 3º, Lei n.º 8.078/90, não admite seja no conceito de serviço incluídas as atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista.

**NASCIMENTO** define: “Serviço é prestação de uma atividade, é trabalhar em favor de outrem, com maior ou menor trato sucessivo.”<sup>91</sup>, enfatizando que, para este serviço integrar uma relação de consumo é necessário ser ele, além de remunerado, autônomo, já que a norma, expressamente, afasta do conceito de serviço as atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista, caso em que os riscos da atividade caem sobre o empregador.

Cabe notar que, nas relações de emprego permanece a incidência da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (1943), lei especial, não se podendo considerar

<sup>89</sup> **NORONHA, F. Direito do Consumidor.** Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Capítulo 5 – A Relação de Consumo e suas Especificidades, p. 162.

<sup>90</sup> **LÔBO, P. L. N.** Ob. cit., p. 58.

<sup>91</sup> **NASCIMENTO, T. M. C. do.** Ob. cit., p. 16.

a atividade do empregado como “serviço”, não obstante ele, pessoa física desenvolva atividade no mercado de consumo, mediante remuneração, restando, por igual, inconcebível incidir sobre ele a responsabilidade, nos moldes do Código do Consumidor, pela má qualidade do serviço prestado ao empregador.

Registra FILOMENO<sup>92</sup>:

“Não poderão ser igualmente objeto das chamadas ‘relações de consumo’ os interesses de caráter trabalhista, exceção feita às empreitadas de mão-de-obra ou de empreitadas mistas (mão-de-obra mais materiais), exceção tal presente nos diplomas legais de todos os países que dispõem de leis ou códigos de defesa do consumidor como, por exemplo, Portugal, Espanha, México, Venezuela e outros.”

Como traço característico a diferenciar o contrato de trabalho e o contrato de empreitada, tem-se a subordinação da pessoa do empregado no contrato de trabalho típico, a qual inexistente em relação à empreitada, ou seja, no contrato de trabalho o empregado, pessoalmente, tem de realizar determinada atividade, vinculando, de certa forma, sua própria pessoa, enquanto que na empreitada inexistente vinculação pessoal entre as partes.

Na mesma linha de raciocínio antes mencionada, NASCIMENTO<sup>93</sup> exclui da abrangência do Código do Consumidor os serviços prestados pelos servidores públicos em geral, aludindo ao art. 37, § 6º, da CF/88<sup>94</sup>, referindo: “A eficácia maior da norma constitucional afasta a responsabilidade direta do servidor público perante o consumidor e a responsabilidade só se forma por ato culposo e se instrumentaliza pela ação regressiva, perante a própria pessoa jurídica de direito público. Daí, a consequência inafastável de que os serviços prestados por tais agentes estão excluídos do art. 3º, § 2º, do Código do Consumidor.”

Não se comunga deste entendimento, tendo-se como desvinculados os conceitos de serviço e responsabilidade: a prestação de uma atividade será ou não serviço, independentemente de quem responderá pelos danos por ela causados, se a pessoa jurídica de direito público ou o autor direto.

<sup>92</sup>GRINOVER, A. P. [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, pp. 34-5.

<sup>93</sup>NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 17.

<sup>94</sup>CF/88, art. 37, “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em relação ao serviço executado por funcionário público justifica-se pela incidência de regramento especial, qual seja, o estatuto próprio do funcionalismo público, gizando-se a ausência de serviço autônomo prestado pelo servidor, havendo subordinação hierárquica nos órgãos públicos.

Assim, a não-incidência do CDC nada diz com a norma estampada no art. 37 da CF/88 que, ao nosso ver, não afasta a responsabilidade do servidor público, vindo, tão somente, a impor o regime de responsabilidade objetiva da Administração Pública nos casos em que seus agentes, agindo nessa qualidade, tenham causado danos.

Por fim merece referência a contribuição de NORONHA na tentativa de distinguir, por critério técnico-jurídico, o que seja produto e o que seja serviço, relacionando a definição legal de serviço, com as obrigações de fazer (prestação positiva relativa a um agir material ou intelectual), e o conceito de produto com as obrigações de dar (coisa certa, incerta ou quantia pecuniária).

Adota este autor o critério segundo o qual “a obrigação será de fazer (e, portanto, teremos um serviço, no âmbito do Direito do Consumidor) quando a ação de entregar pressuponha um prévio *facere*: a essência da obrigação está na atividade que deve ser realizada, e não na coisa dela resultante.”<sup>95</sup>, citando como exemplos de produtos a locação de imóveis<sup>96</sup>, a energia elétrica e o empréstimo bancário; e de serviço, a telefonia e o depósito em conta-corrente bancária.

NORONHA ainda enfatiza que “(...) os produtos e serviços do Direito do Consumidor são apenas as coisas e os fatos que os economistas consideram bens de consumo”<sup>97</sup>. Em outras palavras, o que o ordenamento jurídico tipifica como produto e serviço nada mais são do que coisas e fatos oferecidos no mercado de consumo, dada a sua aptidão para a satisfação de necessidades, tendo-se, aí, o último estágio do ciclo econômico.

Cabe, ao final deste primeiro capítulo, ressaltar que, em havendo o fornecimento de produtos e a realização de serviços pelo mesmo fornecedor, na mesma situação, tem-se uma relação jurídica de consumo complexa, conforme nomenclatura de

<sup>95</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Capítulo 5 – A Relação de Consumo e suas Especificidades, p. 157.

<sup>96</sup> MARQUES, C. L. Ob. cit., p. 166-7., bem salienta: “Segundo dispõe o art. 2º do CDC, *consumidor* não é somente aquele que adquire, mas também aquele que utiliza o produto. Como afirma Calais-Auloy, a moradia é uma necessidade pessoal e familiar, sendo, nesse sentido, objeto de consumo. A definição legal de produto está disposta no § 1º do art. 3º do CDC e inclui qualquer bem, móvel ou imóvel.”

<sup>97</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Capítulo 5 – A Relação de Consumo e suas Especificidades, p. 154.



criação doutrinária<sup>98</sup>, salientando-se que uma das grandes inovações do CDC diz com a inclusão dos serviços no âmbito da responsabilidade do fornecedor, já que o regime que se tinha até então era unicamente aplicável aos produtos que ocasionassem danos, conforme se tem no art. 1.101 do Código Civil Brasileiro (1916)<sup>99</sup>, que tratando dos vícios redibitórios, não contempla os serviços, restringindo-se aos bens, agora denominados produtos. Como bem percebido por LÔBO: “Avança a legislação brasileira, neste campo, mas por certo ao encontro da atual realidade econômica que aponta para um crescimento surpreendente do setor de serviços. (...) Os vícios e defeitos na prestação massificada de serviços aumentaram na mesma proporção, reclamando resposta do legislador para adequada defesa dos utentes.”<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. **A Carga Probatória Segundo a Doutrina e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, jul./set.1993, p. 118.

<sup>99</sup> **Código Civil Brasileiro**, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Parte Especial, Livro III- Do Direito das Obrigações, Título IV – Dos Contratos, Capítulo V – Dos Vícios Redibitórios (grifo nosso): “Art. 1.101. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações gravadas de encargo.”

<sup>100</sup> LÔBO, P. L.N. Ob. cit., p. 57.

## II. RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Com a responsabilidade tem-se o ressarcimento, na forma de indenização (substituição do bem atingido por outro de igual espécie) ou compensação/reparação (substituição do bem atingido por um valor que possa representá-lo, por valor compensatório, tal qual se dá nos danos morais) de danos, sejam patrimoniais ou morais.

Desta noção genérica surge a função primordial deste instituto, qual seja, o restabelecimento do “equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano”, na expressão de **DIAS**<sup>101</sup>. Além dessa, há que registrar a função preventiva, na busca de evitar-se repetição dos mesmos danos, e a função sancionatória, repreendendo-se alguém pelo prejuízo causado a terceiro.

Tal amplitude do conceito e de suas funções torna simples a inferência acerca da relevância do tema, o que é bem notado por **LOPES**<sup>102</sup>:

“A responsabilidade é o mecanismo essencial de homeostase do sistema jurídico. Não custa lembrar as funções que desempenha em todos os setores da dogmática, chegando a servir para a própria definição do direito. (...) De uma responsabilidade penal (punição por atos determinados), a responsabilidade civil se estende para qualquer ato lesivo. Se na sua origem ela é responsabilidade por quase delitos ou ilícitos civil, hoje tende a dispensar a culpa e o dolo para garantir a reposição do dano. É desta maneira que a responsabilidade civil ganha o seu contorno mais nítido como método de redistribuição de perdas entre sujeitos envolvidos numa vida social, segundo as palavras de Holmes.”

<sup>101</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. V.I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 42.

<sup>102</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.3), p. 21.

**DINIZ**<sup>103</sup> conceitua: “A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”, abordando-a, assim, em suas duas modalidades, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Ressaltando a inviabilidade de conceituar a responsabilidade tendo-se em vista seu fundamento (culpa ou risco), **CAIO MÁRIO**<sup>104</sup> define: “Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.”

Tendo-se a responsabilidade como conceito estreitamente vinculado à racionalidade e à liberdade de conduta, **STOCO**<sup>105</sup>, citando Carlos Alberto Bittar, registra:

“(...) o ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade. Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responda (do latim ‘spondeo’ = ‘responder a’; ‘comprometer-se’; ‘corresponder a compromisso, ou a obrigação anterior) pelos impulsos (ou ausências de impulsos) dados no mundo exterior, sempre que estes atinjam a esfera jurídica de outrem.”

De forma mais sintética, **RODRIGUES**<sup>106</sup> registra “Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontradão no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que se impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar.”

**MIRANDA**<sup>107</sup>, contudo, enfoca a responsabilidade sob o aspecto social, ressaltando a existência do princípio da proibição de ofender, *neminem laedere*:

<sup>103</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.7. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 34.

<sup>104</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.16.

<sup>105</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48.

<sup>106</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v.4. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 13.

<sup>107</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 3.

“A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, porque também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureçam. Quando se pune o assassino ou o ladrão, ou a opinião pública se exalta contra o descaminhador de mulheres, ou a família afasta do seu seio o membro que a desonrou, tais julgamentos de responsabilidade são reflexos individuais, psicológicos, de fato exterior, social, objetivo, que é a relação de responsabilidade.”

Não obstante os diversos enfoques dados na tentativa de definir o que seja a responsabilidade civil, no presente trabalho tem-se a responsabilidade como instituto jurídico pelo qual o prejudicado por um fato danoso, a vítima, vê indenizado ou reparado o bem jurídico, seja ele patrimonial ou moral, atingido por ato culposos ou doloso de terceiro ou por ato pelo qual terceiro responde em virtude de lei, consistindo, assim, em fonte da obrigação de reparar prejuízos aos quais terceiros não estão, juridicamente, obrigados a suportar.

Como objeto de inesgotável estudo, a responsabilidade civil vem classificada em responsabilidade civil negocial e extranegocial - designação que se tem por mais apropriada do que responsabilidade contratual e extracontratual. Resultando o prejuízo do inadimplemento/má-execução de obrigação negocial disciplinada por meio de contrato ou negócio jurídico unilateral<sup>108</sup>, tem-se a responsabilidade conhecida como contratual, responsabilidade negocial, em face de um ato ilícito relativo<sup>109</sup>.

Em sendo a responsabilidade consequência da violação de direito, sobre o qual inexistia disciplinamento elaborado pelos próprios sujeitos da obrigação, ou seja, sem que entre as partes exista vínculo jurídico pertinente à integridade violada, vige o

<sup>108</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, ps. 173-5, explicita o conceito: “Os negócios jurídicos unilaterais têm existência e eficácia autônoma, por isso não supõem nem provocam reciprocidade ou correspectividade de efeitos jurídicos. (...) Os negócios jurídicos unilaterais, de regra, dispensam que a manifestação de vontade que os integra seja receptícia (=seja dirigida e recebida por alguém). Mesmo quando há recepticiedade, o fato de ser dirigida a alguém não o bilateraliza, como poderia parecer, pois que o destinatário tem apenas um papel passivo. Além disso, em geral a recepticiedade constitui, apenas, pressuposto de eficácia do negócio jurídico unilateral, não de sua existência. (...) São exemplos de negócio jurídico unilateral a derrelicção, a aceitação e a renúncia da herança, a instituição de fundação, a oferta, a aceitação, a promessa de recompensa, a emissão de título de crédito, o testamento, a renúncia, em geral, o exercício de direitos potestativos (embora haja situações que configuram atos jurídicos *stricto sensu*, como a interpelação para constituir o devedor em mora, entre outros).”

<sup>109</sup> MELLO, M. B. de. *Idem*, p. 205: “Quando entre o que pratica o ilícito (=agente) ou está a ele, ilicitamente, vinculado, e o ofendido (=vítima) não existe relação jurídica ou, se existe, é de direito absoluto (=relação jurídica a sujeito passivo total, o *alter*), como acontece com os direitos reais e os direitos da personalidade, por exemplo, o *ilícito* é *absoluto*. Se, diferentemente, entre o agente do ato ilícito e o ofendido há relação jurídica de direito relativo (em que o sujeito passivo é determinado, individualizado), resultante, assim, de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, tem-se um *ilícito relativo*.”

princípio de não causar a outrem qualquer espécie de dano, em outras palavras, com a proteção à incolumidade da esfera jurídica alheia, tendo-se a responsabilidade designada de extracontratual (extranegocial), em razão de um ato ilícito absoluto.

Com base nesta distinção, é que se associa, a responsabilidade extracontratual ao art.159 do Código Civil, dispositivo que, de forma genérica, fixa as consequências do agir doloso ou culposos que venha a acarretar prejuízos a outrem e, à responsabilidade contratual, o art. 1.056 do mesmo diploma legal - “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.”

Como observa **LOPES**<sup>110</sup>, na responsabilidade contratual tem-se “a mais evidente forma de estabelecimento objetivo da responsabilidade”, vez que, verificado o inadimplemento do negócio jurídico, surge o dever de indenizar, independentemente da apuração de culpa do agente.

Comungando do mesmo entendimento é que **RODRIGUES**<sup>111</sup> enfatiza:

“A inclusão de um caso como de responsabilidade contratual, excluindo-o da órbita da responsabilidade aquiliana, pode, por igual, representar um elemento de vantagem para a vítima, por desonerá-la do encargo probatório. (...) isso porque, se se definir como contratual uma responsabilidade, basta ao credor demonstrar que a prestação foi descumprida para adquirir ele o direito à reparação das perdas e danos (art. 1.056 do CC); isto posto, competirá ao devedor, para elidir o dever de indenizar, evidenciar que o descumprimento, por ele, de tal obrigação emanou de caso fortuito ou de força maior (CC, art. 1.058).”

Não obstante consolidada a diferenciação entre responsabilidade contratual, hipótese em que há liame jurídico derivado de manifestação de vontade de, pelo menos, uma das partes (negócio jurídico unilateral), e responsabilidade extracontratual, seara na qual se tem o princípio genérico do não lesar, há quem sustente a inutilidade de tal classificação, argumentado que a responsabilidade extracontratual baseia-se na violação da norma “não lesar” e a responsabilidade contratual diz com a violação de norma inserida em contrato ou negócio jurídico unilateral. Ainda, as perdas e danos derivadas da

<sup>110</sup> LOPES, J. R. de L. Ob. cit., p. 21.

<sup>111</sup> RODRIGUES, S. Ob. Cit., p. 153.

responsabilidade contratual, assim como a indenização/reparação da responsabilidade extracontratual diferenciam-se do bem danificado, vindo a substituí-lo ou atenuar o prejuízo.

Cabe notar que, na questão da responsabilidade civil, é que a Lei n.º 8.078/90 (CDC) mais inovou, trazendo um disciplinamento diverso e favorável ao consumidor, tendo-se, dessa forma, o reconhecimento legal de um novo regime de responsabilidade específico às relações de consumo, no qual não há espaço para a diferenciação entre responsabilidade negocial (“contratual”) e responsabilidade extranegocial (“extracontratual”).

Tal como no significado da responsabilidade civil, quanto aos requisitos para sua configuração não há consenso entre os doutrinadores, o que justifica ressaltar-se, tão-só, os elementos que se tem por imprescindíveis à obrigação de reparar/indenizar um prejuízo, como são o evento causador do dano; o dano, moral ou patrimonial; e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Inicialmente, o fato causador do dano, pressuposto da responsabilidade, pode se exteriorizar em uma ação (conduta positiva em violação a um dever jurídico de abstenção) ou omissão (conduta negativa que infringe um dever jurídico de agir); fato humano ou fato da natureza. Exemplo de fato da natureza a ensejar responsabilidade civil tem-se na avulsão, deslocamento de porção de terra por força natural violenta, nos termos do art. 541 do Código Civil Brasileiro, havendo dano a imóvel de terceiro<sup>112</sup>.

Giza-se que, mesmo a conduta lícita, poderá acarretar a responsabilidade do agente que produzir dano, não sendo característica indissociável da conduta a ilicitude. Como exemplos de conduta lícita a ensejar reparação tem-se os atos justificados pela legítima defesa, pelo cumprimento do dever legal e pelo estado de necessidade (art. 160 do Código Civil Brasileiro<sup>113</sup>), sendo que o autor do dano responde perante o dono da coisa em não sendo este culpado do perigo (arts. 1.519<sup>114</sup>, 1.520<sup>115</sup> e

<sup>112</sup> MELLO, M. B. de. Ob. cit., p. 207, cita, ainda, os casos em que há responsabilidade pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior fixados pelos arts. 957, 1.127, 1.196, 1.300, 1.332 e 1.338, todos do Código Civil Brasileiro (1916).

<sup>113</sup> **Código Civil Brasileiro**, de 1916, “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520). Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

<sup>114</sup> CCB (1916), “Art. 1.519. Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado pelo perigo, assistir-lhe-á direito à indenização pelo prejuízo que sofreu.”

<sup>115</sup> CCB (1916), “Art. 1.520. Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, I).”

1.540<sup>116</sup>, todos do CCB), ou seja, os atos justificados excluem a responsabilidade pelos danos causados à pessoa do agressor ou do criador do estado de perigo.

Como segundo requisito à responsabilidade, o dano é o que justifica o próprio instituto, consubstanciando-se na razão de existir a responsabilidade, que tem por fim expungir-lo ou, ao menos, reduzir o prejuízo, podendo incidir sobre bens ou sentimentos da vítima, sendo já uníssona a doutrina e jurisprudência no reconhecimento de danos morais indenizáveis, entendimento sumulado no verbete 37 do Superior Tribunal de Justiça de nosso país - “Se o dano material e o moral decorrerem do mesmo fato, as indenizações serão cumuláveis”.

Terceiro pressuposto da responsabilidade é o nexo de causalidade, a relação causa-efeito, a vincular os dois anteriores elementos (fato e dano).

Com base na relação de causalidade é que se infere ser determinado dano decorrência de uma conduta, tendo surgido diversas teorias na tentativa de especificar, juridicamente, o que pode ser considerada causa de um determinado dano.

Dentre todas as teorias, citam-se a da equivalência das condições, *conditio sine qua non*, pela qual causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria se verificado, com o que se tem por demais estendida a obrigação de indenizar; a teoria da causa eficiente, que tem na causa a condição determinante de todo o processo causal, restringindo em demasia a responsabilidade; a teoria da causalidade adequada, pela qual um fato é causa do dano se consequência normalmente previsível daquele, segundo as regras da experiência comum; etc.<sup>117</sup>

Tendo-se em conta o preceito do art. 335 do Código de Processo Civil<sup>118</sup>, NORONHA<sup>119</sup> aponta ser adotada pelo ordenamento jurídico civil a teoria da causalidade adequada, apresentando-se mais acertada em sua formulação negativa: haverá relação de causalidade quando não se possa considerar o dano como consequência

<sup>116</sup> CCB (1916), Capítulo II -Da Liquidação das Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos, “Art. 1.540. As disposições precedentes aplicam-se ainda ao caso em que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido.”

<sup>117</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 8 – Dano e Nexo de Causalidade, p. 348-355.

<sup>118</sup> **Código de Processo Civil**. Colaboradores: Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001 (Legislação brasileira), “Art. 335: Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

<sup>119</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 8 – Dano e Nexo de Causalidade, p. 358-9.

extraordinária do fato, subsistindo o nexo causal, embora outros fatores (condições) tenham contribuído para o evento danoso.

Dessa forma, conclusão inarredável que o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, excluindo o nexo de causalidade, por consequência, apresentam força excludente da responsabilidade, vez que o dano se deve a fato independente da atuação da pessoa a quem ele era atribuído.

## 2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade subjetiva acresce aos elementos básicos da responsabilidade – conduta, dano e nexo de causalidade – a culpa do agente, consoante se infere da norma basilar insculpida no art. 159 do Código Civil Brasileiro (1916): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A responsabilidade fundada na culpa, responsabilidade subjetiva, é também conhecida como responsabilidade Aquiliana, reportando-se às origens da responsabilidade, na romana *Lex Aquilia*, na qual foram firmados os alicerces da reparação civil extracontratual (extranegocial), sendo seu maior mérito a substituição de penas fixas por reparações pecuniárias baseadas no valor da coisa danificada, com o que se passou a ver na responsabilidade, não mais a imposição de uma penalidade, como vingança pela conduta praticada, mas uma forma de reparação patrimonial. Doutrina majoritária aponta, ainda, a Lei Aquília como precursora da inclusão do elemento culpa na responsabilidade civil, havendo opositores a afirmar que, nesta lei, a culpa não era elemento constitutivo do direito de reparação.<sup>120</sup>

A idéia de culpa *lato sensu*, envolvendo o dolo, intenção de causar prejuízo a terceiro, e a culpa *stricto sensu*, atuação imprudente, imperita ou negligente, surge como fundamento moral da responsabilidade – quem, propositadamente, viola norma de conduta e causa dano a outrem deve repará-lo – sendo, ainda hoje, predominante no sistema jurídico brasileiro.

---

<sup>120</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais Limitada. 1963, p. 22.



“A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.”<sup>121</sup>

Em explicitação às modalidades da culpa, tem-se que “Negligência é omissão da diligência exigida no trato ordinário dos homens, quando, se não tivesse havido essa falta de diligência, se teria evitado o resultado não-querido contrário a direito.”<sup>122</sup>, é a culpa na omissão; imprudência é a afoiteza no agir, traduzindo-se como a culpa na ação; imperícia é a culpa profissional, abrangendo a falta de conhecimentos técnicos e a conduta temerária, acreditando o agente que não ocorrerá resultado desastroso previsível.

Nesta seara, imprescindível verificação de que o agente (responsável) atuou deliberadamente, exteriorizando sua vontade em uma conduta (dolosa), ou não pautou sua conduta pelas normas de cautela exigíveis, vindo a agir de forma negligente, imprudente ou imperita, implicando em prejuízo a terceiro, com o que se vislumbra influência do aspecto moral no ordenamento jurídico. Aquele que atua de forma censurável, sendo dele exigida conduta diversa, causando dano a outrem, deverá ser obrigado a reparar tal prejuízo.

Em resumo, a culpa refere-se a um comportamento caracterizado pelo dolo, pela negligência, imprudência ou imperícia e serve como fundamento, inclusive de ordem moral com vistas à prevenção e repreensão de uma conduta anti-social, a justificar que o sujeito culpado, e somente ele, possa ser responsabilizado pelo dano.

Diferenciam-se as culpas, dentre outras tantas classificações, quanto a seu grau, em culpa grave, culpa leve e culpa levíssima, aproximando-se a primeira do dolo, vez que o comportamento do responsável vem revestido de grave imprudência ou negligência, como é o caso de motorista que ingressa em via preferencial sem as devidas cautelas, vindo a abalroar veículo que nela trafegava normalmente. Nota-se, porém, que em

<sup>121</sup> DINIZ, M. H. Ob. cit., p. 40.

<sup>122</sup> MIRANDA, P. de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 261.

todos os graus de culpa, mesmo na mais grave delas, à responsabilidade deve-se somar o dano, como bem percebido por DIAS<sup>123</sup>:

“A culpa, uma vez que se configura, pode ser produtiva de resultado danoso ou inócua. Quando tem consequência, isto é, quando passa do plano puramente moral para a execução material, esta se apresenta sob a forma de ato ilícito. Este, por sua vez, pode ou não produzir efeito material, o dano. À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar o seu mecanismo.”

Diante do caráter da indenização, que pelo próprio vocábulo traz a noção de afastamento do dano, devolvendo à vítima, dentro das possibilidades do caso concreto, seu estado anterior, a reparação há de ser tão integral quanto possível, restando a vítima indene, seja qual for a classificação da culpa, grave, leve ou levíssima – “*In Lex Aquilia et levissima culpa venit.*” (Na responsabilidade aquiliana, cabível indenizar a vítima mesmo que se trate de culpa levíssima).

Saliente-se que, por vezes, tendo em conta situações específicas, há previsão de hipóteses nas quais o dever de indenizar só existe com a atuação dolosa ou inspirada em culpa grave do agente. Assim quanto à responsabilidade dos Juízes no exercício de suas funções (art. 49, inciso I, da Lei Complementar n.º 35, de 14.3.79, Lei Orgânica da Magistratura<sup>124</sup> e art. 133, inciso I, do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973<sup>125</sup>), no transporte desinteressado<sup>126</sup> etc. A graduação da culpa importa, de igual forma, na reparação de danos extrapatrimoniais, sendo um dos fatores para a apuração do *quantum* devido à vítima.

Cabe diferenciar a culpa, que qualifica o agir do responsável, da ilicitude do ato. A ilicitude traz a idéia de negação dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, o que se infere de forma objetiva, pela oposição entre o comportamento do agente e a

<sup>123</sup> DIAS, J. de A. Ob. cit., p. 108-9.

<sup>124</sup> Lei Complementar n.º 35, de 14.3.79, “Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I- no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (...)”

<sup>125</sup> CPC/73, “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (...)”

<sup>126</sup> Súmula n.º 145 do Superior Tribunal de Justiça: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civicamente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.”

norma jurídica; já, a culpa diz com o aspecto individual e subjetivo da conduta, assim como às circunstâncias em que agiu ou se omitiu o apontado como responsável.<sup>127</sup>

**MIRANDA**, em sua destacada obra *Tratado de Direito Privado* (Tomo II. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 207), por igual, menciona a distinção, referindo-se à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942):

“Os atos ilícitos *lato sensu* são atos humanos que entram no mundo jurídico para serem superadas as suas consequências danosas: ou pela indenização do dano extranegocial (reparação), ou pelas caducidades, ou pela prestação (o que também repara) do equivalente, ou outra execução. O que se exige, a todos, além do ato (e às vezes da culpa) é a contrariedade à lei. Ora, a ninguém é permitido ignorar a lei (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 3º: ‘Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece’); porque, se se ignora a lei, nem por isso se deixa de infringi-la: o ato é ilícito, objetivamente; o elemento culpa, se aparece, não diz respeito à lei, mas ao ato em si.”

Sob outro prisma, giza-se que a responsabilidade subjetiva, como espécie do gênero responsabilidade civil, tem no caso fortuito e na força maior<sup>128</sup> afastado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, com o que ausente requisito indispensável à configuração da responsabilidade.

Com diverso entendimento, parte da doutrina vê no caso fortuito e na força maior fatores de exclusão da culpa, e não do nexo causal. Nesse sentido, **MIRANDA**<sup>129</sup>: “Quando a força maior, ou o caso fortuito, é alegável como excludente da responsabilidade pelo ato ilícito *relativo* (e.g., Lei n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, arts. 1º-6º, 17-25), ou *absoluto*, em verdade a regra jurídica é pré-excludente: vai ao suporte fático, e a força maior, ou caso fortuito, opera como elemento negativo, que cancela a presunção de culpa, ou conceptualmente exclui a prova de culpa.”

<sup>127</sup> DINIZ, M. H. Ob. cit., p. 39.

<sup>128</sup> CCB (1916), “Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, salvo se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.”

<sup>129</sup> MIRANDA, P. de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 265.

NORONHA<sup>130</sup> justifica a referência ao caso fortuito ou força maior como excludentes da culpa: “A vinculação está no próprio Arnaldo Medeiros da Fonseca, que em obra clássica[1958:147], publicada em primeira edição no ano de 1932, dizia serem indispensáveis dois elementos para a caracterização da noção de caso fortuito ou de força maior, um interno e de ordem objetiva, o outro externo e subjetivo: o primeiro seria a inevitabilidade, ou impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, o segundo seria a ausência de culpa.”

Desta síntese quanto à responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, percebe-se ser ela harmônica com a consciência jurídica pela qual, entre a reparação individual do prejuízo e o desenvolvimento industrial, tido como de interesse público, há que se dar tutelar, prioritariamente, este. Como registra, com propriedade, LOPES<sup>131</sup>:

“Até os fins do século XIX, quando o surgimento da indústria pesada contava com grandes sacrifícios dos trabalhadores e dos proprietários de bens afetados pelo desenvolvimento industrial, a consciência jurídica inclinava-se a proteger este mesmo desenvolvimento limitando as hipóteses de reparação de danos. O eixo do raciocínio era que os eventuais danos provocados pelas máquinas ou pelas indústrias, consistiam em acidente inevitável, preço que de bom grado deveria ser pago em troca dos avanços que a ciência e a técnica faziam. Estas, por seu turno, propiciariam no futuro a todos um nível de vida muito mais satisfatório, confortável, materialmente mensurável pelo consumo de novos bens e pela ampliação das oportunidades.”

A inaptidão da teoria subjetiva para ressarcir prejuízos nos casos em que não se tem meios de enquadrar o agir nos modelos de dolo, negligência, imprudência ou imperícia, tem singelo exemplo na situação verificada quanto às pessoas jurídicas, nas quais não se tem uma só vontade, nos moldes da pessoa física:

“É evidente que não há, na pessoa jurídica, um elemento psicológico que determine sua vontade. Logo, a ação ou omissão voluntária de que fala o art. 159 do Código Civil torna-se questão de difícil solução. Impõe-se naturalmente uma certa objetivação da intencionalidade. Ela é obtida por vínculos formais

<sup>130</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo, Cláusulas Abusivas e Responsabilidade do Fornecedor**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 8 – Dano e Nexos de Causalidade, p. 380.

<sup>131</sup> LOPES, J. R. de L. Ob. cit., p. 19-20.

e hierárquicos, responsabilizando a organização pelos atos de seus representantes ou prepostos. Formulam-se também as teorias da representação societária (atos de órgãos sociais, diretorias, etc.).”<sup>132</sup>

**LIMA**<sup>133</sup>, precursor da teoria objetiva no país, em trabalho apresentado no ano de 1938, apontando as formas de que se fez uso com vistas a se objetivar a noção de culpa, refere as presunções de culpa e o afastamento da imputabilidade moral, aferindo-se o erro de conduta em relação ao comportamento do homem normal, do *bonus pater familias*, modelo abstrato do cidadão responsável, do bom profissional, sem a consideração das circunstâncias pessoais do agente. Menciona este autor, ainda, a teoria de Leclerq, para quem a culpa se confundiria com o próprio ato violador do direito de terceiro, afastando-se, por completo, da noção clássica de culpa, por meio de teorias, conceitos e presunções, conduzindo-a à aproximação com o conceito do risco, estendendo-se as reparações a limites até então não alcançados.

Como alude **FREITAS**<sup>134</sup>, reportando-se à doutrina de Guido Alpa, em menção ao século XVIII,

“(...) a culpa seleciona o dano propagado, delimitando o ressarcimento, em clara demonstração da concepção voluntarista e individualista do direito à época supracitada.

“Isto porque, se um indivíduo praticasse um ato contrário às normas jurídicas então vigentes (comportamento antijurídico), sem contudo, ser provada a sua culpa – ou até mesmo dolo – na conduta, não lhe poderia ser imputada a obrigação de indenizar, ainda que o dano tivesse sido efetivamente sofrido por outrem.”

Há quem veja, assim, na convivência dos dois regimes de responsabilidade – culpa e risco – a melhor forma de se responder às incessantes situações que, acompanhando a evolução social, apresentam-se com diversidade múltipla, posição que se tem como acertada.

<sup>132</sup> LIMA, A. Ob. cit., p. 111.

<sup>133</sup> LIMA, A. Ob. cit., p. 114.

<sup>134</sup> FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, jul./set. 1994, p. 102.

Neste sentido posiciona-se CAIO MÁRIO<sup>135</sup>: “Em terceiro lugar, sem ser propriamente eclética, a posição dos que admitem (como é o meu caso) a convivência das duas doutrinas: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.”

### 2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Tendo-se a responsabilidade subjetiva como incapaz de responder, adequadamente, à demanda de vítimas que, atingidas em sua integridade patrimonial ou moral, não logravam reunir subsídios a demonstrar conduta culposa dos responsáveis e, assim, viam-se privadas de qualquer ressarcimento, foram desenvolvidos modos de atenuar o rigorismo da responsabilidade culposa, vindo-se a reconhecer presunções de culpa, facilitando sua prova nos feitos indenizatórios, e admitir o risco como fundamento da responsabilidade em situações específicas, ampliando-se, assim, os casos de ressarcimento dos atingidos pelo conduta do agente, a qual já não precisava ser tida como negligente ou imprudente.

Contudo, tal evolução apresentou-se de forma gradativa e lenta, contando-se, além da inovação legislativa, com suporte doutrinário e jurisprudencial, de forma a retirar o papel principal em que figuravam a culpa e do dolo, tidos como *conditio sine qua non* à fixação da responsabilidade ao causador do dano.

Assim é que, inicialmente teve-se a responsabilidade por danos em acidentes ferroviários dissociada da comprovação de culpa ou dolo, nos termos do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> PEREIRA, C. M. da S. Ob. Cit., p. 286.

<sup>136</sup> Dispõe o art. 1º do Decreto n.º 2.681/12: “As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar. Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas: (...)”. Já, pelo “Art. 26. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais.” Assim é que não se encontra harmonia no entendimento acerca do fundamento da responsabilidade na matéria, dizem alguns tratar-se de responsabilidade objetiva, fundada no risco, para outros, tem-se caso de responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa.

Em 1934, pelo Decreto n.º 24.687 – Lei de Acidentes de Trabalho, teve-se nova previsão legal de responsabilidade inspirada no risco, fixando-se o regime da responsabilidade objetiva do patrão em relação aos danos sofridos pelo operário em razão de ferimentos. A teoria do risco, na qual se baseia a responsabilidade objetiva, tomou como paradigma os acidentes de trabalho, situações em que inviável à vítima demonstrar conduta dolosa ou culposa do empregador como causa de sua lesão, gerada, no mais das vezes, pelo emprego de máquinas sem dispositivos de segurança, falta de treinamento adequado para uso das máquinas industriais etc., tendo-se previsto responsabilidade objetiva do padrão quanto às lesões corporais ou morte do empregado, causadas no exercício da função.

Seguiu à Lei dos Acidentes do Trabalho o Decreto n.º 483, de 8 de junho de 1938 – Código Brasileiro do Ar, norma que criou a responsabilidade objetiva do proprietário da aeronave em relação aos danos causados às pessoas que, em terra, fossem atingidas por objetos caídos e por danos oriundos de manobras dos aviões em terra. Com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, surge a responsabilidade objetiva do Estado.

Em 1973, pela Lei n.º 6.453, tem-se a responsabilidade objetiva do operador da instalação quanto aos danos ocasionados por acidente nuclear; em 1981, com a Lei n.º 6.938, a responsabilidade objetiva do poluidor, pelos danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela atividade, tendo-se em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade objetiva nas relações de consumo.

No que pertine à jurisprudência do país, com base em precedentes datados a partir de 1942, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em 13 de dezembro de 1963, editou o verbete da Súmula n.º 341, fixando-se entendimento pelo qual “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”, trazendo-se forma de mitigar a responsabilidade subjetiva por meio da presunção de culpa, elemento de difícil caracterização. Embora não tenha se excluído a culpa na apuração da responsabilidade, resta “presumida”, com o que se tem beneficiada a vítima, vez que ao causador do dano caberá elidir a presunção. A partir deste entendimento sumulado, estendeu-se a presunção de culpa a todos os casos previstos nos incisos do art. 1.521 do Código Civil<sup>137</sup>, não obstante ausente expressa disposição legal neste sentido.

---

<sup>137</sup> CCB, “Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522); IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à corrente quantia.”

Reconhece-se, com a adoção gradativa da responsabilidade objetiva, a necessidade de melhor distribuir lucros e prejuízos, tendo-se em mente o brocardo romano pelo qual a pessoa que auferir proveito com certa situação/atividade, deve arcar com os prejuízos por ela causados<sup>138</sup>, em substituição à fórmula *pas de responsabilité sans faute* (não há responsabilidade sem culpa).

Por esta nova visão, aquele que, com base em seus próprios interesses, cria o risco, tem de reparar o dano sobrevivendo, tendo-se como elemento basilar da responsabilidade a causalidade entre a conduta e o dano. “Tanto o sistema da responsabilidade contratual como o da aquiliana, baseados na culpa, revelaram-se inadequados para um sistema geral de reparação de danos causados por produtos defeituosos, e por isto, reclama-se um tipo de responsabilidade baseado no risco/proveito (*noblesse oblige, richesse oblige*).”<sup>139</sup>

No regime da responsabilidade objetiva, injustificável que alguém suporte prejuízos causados por outrem, devendo o causador do dano, repará-lo ou indenizá-lo, mesmo que não tenha agido com dolo ou culpa vez que violou a integridade física ou patrimonial de terceiro, bem juridicamente tutelado.

Centra-se a responsabilidade objetiva, dessa forma, no exame da causalidade entre a conduta e o dano, verificando-se se entre estes dois elementos tem-se relação de causa e efeito. Nas palavras de CAIO MÁRIO<sup>140</sup>:

“A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem que examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade’ (ob. cit., n.º 2, p. 4).”

<sup>138</sup> “Ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda”

<sup>139</sup> GRINOVER, A. P. (Coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad Ltda. 1984, p. 109 (Série Estudos Jurídicos n.º 1).

<sup>140</sup> PEREIRA, C. M. da S. Ob. cit., p. 287.



Tendo como pressupostos o fato (colocação do produto no mercado), o dano e o nexo causal (relação de causa e efeito), a responsabilidade objetiva, fundada no risco, é o regime aplicável como regra nas relações de consumo, sendo exceção nas relações jurídicas cíveis, nas quais prevalece a responsabilidade subjetiva, com base no art. 159 do Código Civil: “Na responsabilidade objetiva, a culpa não tem qualquer influência, ou repercussão. Nela se responde pela ocorrência do risco, que é um dado simplesmente objetivo. Tenha havido culpa, ou não, forma-se a responsabilidade e a obrigação de reparar o prejuízo da vítima.”<sup>141</sup>

O risco, fundamento da responsabilidade objetiva, pode ser relacionado com atividades empresariais, sendo designado risco de empresa; com atividades estatais, passando a denominar-se risco administrativo, pelo qual a pessoa jurídica que presta serviços públicos é responsável pelos danos ocasionados aos particulares, a fim de que os prejuízos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada com o serviço; ou ainda, estando relacionado com o exercício de atividades perigosas, o risco é denominado risco-perigo, teoria pela qual o beneficiário pelo exercício de atividade potencialmente perigosa deverá arcar com as consequências danosas dela advindo<sup>142</sup>.

Inserido no princípio do risco, especializou-se o risco da empresa, pelo qual o empresário, ou seja, aquele que exerce atividade econômica de forma profissional e organizada, auferindo lucros, deve suportar a responsabilidade por qualquer prejuízo advindo de processo de produção ou de distribuição. Consoante bem registrado por NORONHA<sup>143</sup>:

“Os conceitos de ‘lucro’ e de ‘risco’ são como que o anverso e o reverso, o lado bom e o lado mau de uma mesma medalha: ‘o risco, dizem Alpa e Bessone, apresenta-se como o aspecto negativo da busca do lucro’ ele é ‘todo evento danoso (entendido em sentido amplo) associado ao processo produtivo’. Como estes autores ainda dizem, a problemática do risco de empresa é correlata, ‘à problemática da moderna ciência econômica, e, mais precisamente, à teoria da empresa que identifica a figura do empresário no *risk bearer* [aquele que assume riscos]. O complexo dos danos que ocorrem no exercício da empresa é,

<sup>141</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 45.

<sup>142</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 10 - Responsabilidade Civil e Responsabilidade do Fornecedor, pp. 9-10.

<sup>143</sup> NORONHA, F. Idem. Capítulo 3 – O Direito do Consumidor e os Princípios do Direito das Obrigações, p. 109.

portanto considerado, nesta ótica, como uma 'jogada' negativa, um 'custo' da atividade, que se traduz em um risco do qual é possível (pelo menos em regra) calcular incidência e caracteres."

Com mesmo sentir, já registrava LIMA<sup>144</sup>: "Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia."

Dessa forma, a responsabilidade fundada no risco de empresa, consistindo na obrigação de indenizar o dano causado por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, na qual se ressalta o elemento objetivo - a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador -, justifica seja a teoria da responsabilidade objetiva o regime de responsabilidade adotado, como regra, pela Lei n.º 8.078/90 (CDC), afastando-se a discussão acerca de culpa na atuação do fornecedor, em respeito ao disciplinado no art. 6º da lei antes referida, que prevê como direito básico do consumidor "VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;"

## 2.4. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Surge o Código de Defesa do Consumidor como adaptação da ordem jurídica à realidade social, reconhecendo-se que o fornecedor, na atualidade, não mais se identifica com o artesão que, pessoalmente, se encarrega de todo o processo produtivo do bem, colocando-o no mercado de consumo, à disposição de clientes conhecidos pelo nome. Tem-se, hoje, uma sociedade anônima, complexa e desigual, no dizer de MELLO<sup>145</sup>, que explicita: "Anônima, no sentido de que não conhecemos mais aquele que produz os bens e presta os serviços que consumimos. Complexa, pois igualmente ignoramos de que forma se

<sup>144</sup> LIMA, A. Ob. cit., p. 124.

<sup>145</sup> MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, out./dez.1998, p. 60.

processa a produção. Desigual, diante da preponderância econômica, jurídica e técnica do fornecedor.”

Uma das grandes inovações trazidas pelo CDC versa sobre as modalidades de responsabilidade que, por este novo regramento, foram classificadas em responsabilidade por fato do produto/serviço e responsabilidade por vício do produto/serviço.

### 2.4.1. ACIDENTES E INCIDENTES DE CONSUMO

O novo disciplinamento jurídico rompeu com a tradicional dicotomia - responsabilidade contratual (negocial) e extracontratual -, trazendo novo sistema pelo qual desimporta a existência ou inexistência de negócio jurídico entre as partes, bastando a configuração de uma relação jurídica de consumo. **BENJAMIN**<sup>146</sup> destaca:

“O tratamento que o Código dá a esta matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não.

“O legislador deu, portanto, um tratamento unitário ao assunto, não cabendo ao intérprete, quando da análise do novo modelo, qualquer tentativa de utilizá-lo como se fora uma mera reforma das categorias dicotômicas. O texto legal simplesmente não as teve em mente. Muito ao contrário, procurou delas se afastar, sepultando, por assim dizer, a *summa divisio* clássica. (...) “Na sociedade de consumo não faz sentido, de fato, a velha dicotomia, especialmente se se quer um regramento apropriado do fenômeno dos vícios de qualidade por insegurança. Realmente, essa ‘unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é

---

<sup>146</sup> OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45.

sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro. Trata-se, portanto, da unificação das responsabilidades contratual e extracontratual – devendo falar-se de responsabilidade do produtor, *tout court* – ou pelo menos da unificação do regime das duas, em ordem a proteger igualmente as vítimas, expostas aos mesmos riscos.”

A Lei n.º 8.078/90 classifica em duas espécies a responsabilidade do fornecedor em face da *desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores*, na expressão de Antônio Hermann de Vasconcellos e Benjamin<sup>147</sup>, tendo-se a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (art. 12 e segs.), ou seja, por danos causados em razão de defeitos do bem, que o tornam inseguro, e a responsabilidade por vício do produto ou serviço (art. 18 e segs.), quando o bem não corresponde à qualidade e/ou quantidade exigível ou apresentem-se desconformes as indicações da embalagem, rotulagem ou da publicidade, caracterizando-se como impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina ou como de valor reduzido.

A expressão responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 12 e segs., recebe críticas da doutrina, que aponta a incongruência em referir-se a coisas como capazes de fatos, quando na verdade são instrumentos sob o controle e guarda de alguém. Nesse sentido, BENJAMIN<sup>148</sup>:

“Melhor, portanto, é falar-se em ‘responsabilidade pelos acidentes de consumo’. Enquanto aquela terminologia enfatiza o elemento material causador da responsabilidade, esta, ao contrário, prefere dar destaque ao elemento humano consequencial. O dado fundamental não é a origem do fato (do produto ou serviço) mas sim a localização humana de seu resultado (o acidente de consumo). A rigor, aqui o direito do consumidor – ao revés do que sucede com os vícios de qualidade por inadequação – só se volta para o fenômeno material inerente ao produto (o defeito quando tem seu interesse despertado pela sua habilidade para causar o fenômeno humano, o acidente de consumo).”

A responsabilidade pelo fato do produto e do serviço visa à reparação/indenização dos prejuízos causados por “acidentes de consumo”, ou seja, prejuízos

<sup>147</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 46.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Idem, p. 43-4.

causados em razão de defeitos no projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento dos produtos, bem como por defeitos relativos à prestação de serviços, além dos defeitos ocasionados por informações insuficientes ou inadequadas acerca da utilização do produto ou fruição do serviço e os riscos deles advindos (arts. 12 e 14, Lei n.º 8.078/90).

Por aí se vê que a conceituação do vocábulo defeito, explicitado no Código de Defesa do Consumidor, junto ao primeiro parágrafo dos arts. 12 e 14, refere-se à segurança, ou seja, o produto/serviço é defeituoso quando não apresenta a segurança que legitimamente se espera, tendo-se em conta a apresentação do produto ou o modo de fornecimento do serviço, o uso, resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado o produto no mercado ou foi fornecido o serviço.

O prejuízo, nos “acidentes de consumo”, é consequência de um fato provocado pelo próprio produto, que incendeia, que explode etc. causando dano a outros bens e à integridade física ou psíquica do consumidor, seja ele (ou não) destinatário final do produto/serviço.

É neste terreno que a equiparação trazida pelo art. 17, CDC, é fundamental, ensejando reparação de danos a todas as pessoas atingidas pelo fato, sejam elas (ou não) adquirentes do produto ou serviço, deferindo-se a tutela especial da Lei n.º 8.078/90 a “todas as vítimas do evento”.

Além da maior amplitude do conceito de consumidor, cabe ressaltar que, em se tratando de acidentes de consumo, a figura do responsável não abrange, em regra, o fornecedor conceituado no art. 3º da Lei n.º 8.078/90 (como se dá nos incidentes de consumo), tendo-se prazos prescricionais distintos em se tratando de acidentes de consumo (art. 27, CDC<sup>149</sup>) ou vícios de qualidade/quantidade por inadequação, ou seja, incidentes de consumo (art. 26, CDC<sup>150</sup>), havendo sensível diferenciação no tratamento normativo conforme se trate de acidente ou de incidente de consumo.

Quanto aos acidentes de consumo há referência no elenco dos direitos básicos do consumidor, tendo-se como primeiro deles “a proteção da vida, saúde e

---

<sup>149</sup> CDC, “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação dos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

<sup>150</sup> CDC, “Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis. § 1º. Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.”

segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;” (art. 6º, Lei n.º 8.078/90).

Já nos chamados *incidentes de consumo* (expressão disseminada na doutrina), ou seja nos vícios de quantidade/qualidade ou de informação sobre o produto ou o serviço (arts. 18 e segs., CDC) tem-se, o produto/serviço não como defeituoso, mas como impróprio ao uso e consumo, em se tratando de produto, ou impróprio o serviço, sendo ele inadequado aos fins que razoavelmente dele se espera ou não atendendo normas regulamentares de prestabilidade, nos termos do § 6º, art. 18<sup>151</sup> e § 2º do art. 20<sup>152</sup>, ambos da Lei n.º 8.078/90.

Aqui, nos incidentes de consumo, a esfera de proteção trazida pelo CDC diz com a incolumidade econômica, a proteção ao patrimônio do consumidor, que, anteriormente ao advento desta norma especial, era disciplinado pelas normas pertinentes aos vícios redibitórios (art. 1.101 e segs. do CCB), tendo-se inscrito dentre os princípios da política nacional de relações de consumo a ação governamental, com vistas à “garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;” (art. 4º, inciso II, alínea d, Lei n.º 8.078/90).

Diante da natureza dos direitos tutelados pelos acidentes de consumo (vida e saúde) e pelos incidentes de consumo (patrimônio), é a ocorrência de dano à integridade física/psíquica que define o vício como sendo *vício de qualidade por insegurança* (acidente de consumo) ou *vício de qualidade por inadequação* (incidente de consumo), expressões de BENJAMIN<sup>153</sup>, que resume:

“Em outras palavras: enquanto a primeira órbita afeta o corpo do consumidor, a outra atinge o seu bolso. Todavia, mesmo quando a atividade do fornecedor provoca danos à incolumidade físico-psíquica do consumidor, reflexamente está atingindo sua incolumidade econômica, ocasionando diminuição de seu patrimônio. Portanto, na identificação do tipo de esfera - e do regime jurídico - atacada pela atividade

<sup>151</sup> CDC, Seção III – Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço, art. 18, “§ 6º. São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.”

<sup>152</sup> CDC, Seção III – Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço, art. 20, “§ 2º. São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”

<sup>153</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 28.

do fornecedor, não deve o intérprete buscar um traço exclusivo e, sim, o *preponderante*.”

#### 2.4.2. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CDC

Por disposição expressa dos arts. 12 e 14 da Lei n.º 8.078/90, que tratam da reparação de danos por fato do produto ou do serviço (acidentes de consumo), tem-se a responsabilidade, do fabricante, produtor, construtor, importador e fornecedor de serviços, *independentemente da existência de culpa*.

A expressão não se repete no art. 18 do CDC:

“Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

Preceito semelhante inscrito no art. 19 do CDC traz: “Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária (...)”.

Da mesma forma, quanto aos serviços, inexistente menção ao regime de responsabilidade previsto às hipóteses de vício: “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (...)” – art. 20, Lei n.º 8.078/90.

Inobstante tal expressão não tenha sido repetida nos arts. 18 a 20 da Lei n.º 8.078/90, resta prevalente a natureza objetiva, de igual forma, em se tratando de vícios do produto ou do serviço, em consonância com o sistema de garantias outorgados por esta lei especial – “Vale dizer, não se trata mais de falar em culpa como conduta avaliada de

modo pejorativo: trata-se de perceber antes o resultado dos acontecimentos e afirmar que tais coisas, sejam quais forem as suas causas, não podem acontecer”<sup>154</sup>.

**NORONHA**<sup>155</sup> salienta: “O risco de empresa justifica o especial regime jurídico estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor para a responsabilidade do fornecedor por danos causados pelo que nele se chama de ‘fato’ e de ‘vício’ do produto ou do serviço.”

No mesmo sentido, mas com argumentação diversa, **SIMARDI**<sup>156</sup>, referindo-se aos vícios do produto e do serviço: “Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva dos fornecedores, uma vez que o dispositivo legal não exigiu conduta do fornecedor para a sua responsabilização.” Registra, ainda, esta autora, ser fundamento para a incidência deste regime de responsabilidade o próprio sistema de proteção outorgado ao consumidor, parte vulnerável na relação, na lei, o qual só resta viabilizado, sob o prisma pragmático, em face da inexigibilidade de questionamento acerca da culpa do fornecedor, elemento de difícil comprovação.

Já, **CASTRO**<sup>157</sup> vê no art. 23 da Lei n.º 8.078/90 – “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não exime de responsabilidade.” – argumento pelo qual se tem como independente de culpa a responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade/ quantidade (incidentes de consumo).

Reforçando o entendimento, tem-se a lição de **NERY JÚNIOR**<sup>158</sup>: “Tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, como a oriunda do vício do produto ou serviço, são de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de o fornecedor indenizar.”

Com diverso entendimento, **MARÇAL**<sup>159</sup> diferencia os regimes de responsabilidade em relação aos fatos e aos vícios do produto/serviço: “O Código de

<sup>154</sup> LOPES, J. R. de L. Ob. cit., p. 35.

<sup>155</sup> NORONHA, F. **Direito do Consumidor**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 3 – O Direito do Consumidor e os Princípios do Direito das Obrigações, p. 112.

<sup>156</sup> SIMARDI, Cláudia. **A Responsabilidade Objetiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, jan./mar.1993, p. 260.

<sup>157</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 91.

<sup>158</sup> NERY JÚNIOR, N. **Aspectos da Responsabilidade Civil do Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90)**. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Responsabilidade Civil (IV). São Paulo: Síntese, ano XXXIX, n.º 162, abril/1991, p. 24.

<sup>159</sup> MARÇAL, S. P. **Código de Defesa do Consumidor: Definições, Princípios e o Tratamento da Responsabilidade Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, abril/jun.1993, p. 105-7.



Defesa do Consumidor, conforme adiante comentado, adotou, inequivocadamente, a responsabilidade objetiva, com excludentes, no que se refere ao fato do produto e do serviço, com exceção feita aos profissionais liberais. A responsabilidade subjetiva permaneceu quanto aos vícios do produto e do serviço.”, vindo, logo depois, ponderar: “Na verdade, a questão admite ponderações fundamentadas em ambos os casos. No entanto, s.m.j., parece-nos que a sistemática do CDC se aproxima mais da responsabilidade objetiva também para a hipótese do vício. A quebra da teoria da responsabilidade com culpa foi um dos objetivos do CDC, passando do direito individualizado para o coletivizado.”

**FREITAS**,<sup>160</sup> esteando-se na diferenciação entre fatos do produto/serviço (chamados acidentes de consumo) e vícios do produto/serviço (incidentes de consumo), afirma que a responsabilidade naqueles é objetiva, sendo que nestes há responsabilidade com presunção de culpa:

“Ora, muito embora a principiologia do CDC indique todos os parâmetros para a adoção da responsabilidade civil objetiva do fornecedor (facilitação da defesa, inversão do ônus da prova, ampla e completa reparação dos danos), parece-nos que o CDC, ao criar duas categorias de responsabilização (segurança/saúde e qualidade/quantidade), buscou a objetivação da responsabilidade civil para a primeira categoria, em face de sua importância na relação de consumo, mas de outro lado, apenas admite, ainda que tacitamente, a presunção da culpa para a hipótese de vício do produto ou serviço.”

No mesmo sentido, **BENJAMIN**<sup>161</sup> refere: “Enquanto em um a responsabilidade civil é tipicamente objetiva (vício de qualidade por insegurança), no outro há verdadeira presunção absoluta de culpa (vícios de qualidade por inadequação e de quantidade). É certo que o resultado final das duas operações é praticamente idêntico: facilita-se enormemente o exercício do direito do consumidor à indenização por danos sofridos.”

O posicionamento que se adota neste trabalho, considerando o regime de responsabilidade objetiva incidente sobre os vícios por insegurança (acidentes de consumo) assim como aos vícios por inadequação e de quantidade (incidentes de consumo), tem em vista a lição irrepreensível trazida por **LIMA**<sup>162</sup>:

<sup>160</sup> FREITAS, A. de O. Ob. Cit., p. 113.

<sup>161</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 82.

<sup>162</sup> LIMA, A. Ob. cit., ps. 80 e 83.

“(...) admitir, como fundamento da responsabilidade extracontratual, a culpa presumida de modo irrefragável, é fugir, incontestavelmente, do conceito clássico da culpa, que, além de exigir a imputabilidade moral, exige a prova daquele erro de conduta que caracteriza a omissão de diligência. A culpa residirá, desta forma, no próprio fato e dêle se deduzirá como consequência fatal. Daí concluir-se que a culpa se resume na prática tão-somente de um ato, quer o agente seja ou não moralmente imputável, quer tenha agido como o mais exemplar dos homens avisados. (...)”

“Na verdade, porém, as presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa. Dizer o contrário é procurar mascarar um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente.

“E, para comprová-lo basta indagar quais os efeitos jurídicos de uma responsabilidade sem culpa e de uma responsabilidade fundada na presunção *juris et de jure*. Ambas levam o agente do fato danoso à reparação, sem a prova da causa do evento, sem a discussão possível sobre a ausência da culpa, que poderá até não existir, ou poderá mesmo se achar provado não existir, sem que daí resulte benefício ao autor do ato danoso. A culpa presumida, sem permitir a prova em contrário, é, sem dúvida alguma, uma simples ficção de culpa.”

#### 2.4.3. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NO CDC

A responsabilidade fundada no risco é a regra nas relações de consumo. Contudo, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor há espaço para a responsabilidade subjetiva.

Quanto a ser este o regime de responsabilidade aplicável aos profissionais liberais, em razão do vínculo de confiança entre estes e o consumidor, retratado em um contrato *intuitu personae*, não pairam dúvidas pela expressa disposição legal, referindo o art. 14, § 4º, Lei n.º 8.078/90 (CDC): “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Bem aborda o assunto **BENJAMIN**<sup>163</sup>,

<sup>163</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. Cit., ps. 79-80.

“Por profissional liberal há que se entender o prestador de serviço solitário, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência. É o médico, o engenheiro, o arquiteto, o dentista, o advogado. Trata-se, por outro lado, de categorias em franco declínio, na exata proporção em que, mais e mais, tais profissionais tendem a se agrupar em torno de empresas prestadoras de serviços: os hospitais, os grupos de saúde, as empresas de engenharia e de consultoria, as sociedades de advogados.

“A exceção aplica-se, por conseguinte, apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. O Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.

“Finalmente, a norma excepcional isenta do *standard* de responsabilidade objetiva tão-só o próprio serviço prestado pelo profissional liberal. Continuam respondendo objetivamente os fornecedores dos produtos e serviços utilizados pelo profissional liberal. Qualquer defeito em um deles sujeitará o seu fornecedor (desde que não seja profissional liberal) à responsabilização objetiva.”

Sublinhe-se que o conceito de profissional liberal adotado pelo autor acima referido identifica-se com o trazido por NASCIMENTO<sup>164</sup>, que define profissional liberal quem exerce profissão técnica, com título de habilitação em universidades, por conta e risco próprio, ou seja, de forma autônoma, sem vínculo de subordinação a terceira pessoa.

Quanto à responsabilidade de tais profissionais, cabe notar que, por se tratar de norma de exceção ao regime de responsabilidade fixado às relações de consumo, a interpretação há de ser restritiva, consoante mezinha regra: interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum<sup>165</sup>.

Com tal fundamento é que a responsabilidade dos profissionais liberais nas relações de consumo são, ainda, cingidas à responsabilidade por fato do serviço (ditos acidentes de consumo, que atingem a incolumidade físico-psíquica do consumidor), não

<sup>164</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 51.

<sup>165</sup> Comentando a expressão, MAXIMILIANO, Carlos (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 234) leciona serem tidas como excepcionais as disposições que, inseridas na legislação de Direito comum ou de Direito especial, introduzem exceções a regras gerais, a favor ou em prejuízo de certos indivíduos ou classe de pessoas, resumindo: “É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa: *na dúvida, segue-se a regra geral*. Eis porque se diz que a exceção confirma a regra nos casos não excetuados.”

se aplicando às hipóteses de vício do serviço (designados pela doutrina como incidentes de consumo, que violam a incolumidade econômica do consumidor), estando o art. 14, § 4º, da Lei n.º 8.078/90 inserido na seção que trata “Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”.

Tem-se, ainda, prevista no CDC, em seu art. 28, § 4º, a responsabilidade fundada na culpa em sendo o fornecedor sociedade coligada, conceito expresso no art. 243, § 3º, da Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) – “São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

Assim, tem-se que as sociedades integrantes de grupos societários (onde há uma sociedade controladora, que detém o controle acionário, sendo as demais controladas), bem como as sociedades consorciadas, isto é, reunidas para execução de determinado empreendimento (art. 278, Lei n.º 6.404/76) são responsáveis com base no risco de empresa (responsabilidade objetiva); já, em se tratando de sociedades coligadas, somente se admite responsabilidade com base na culpa.

#### **2.4.4. HIPÓTESES LEGAIS DE NÃO-CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE**

No que pertine à não-configuração do dever de indenizar, sublinha-se que o próprio Código do Consumidor tratou de elencar os casos em que o fabricante, o construtor, o produtor e o importador do produto, assim como o fornecedor de serviços não serão responsabilizados pelos acidentes de consumo, cabendo aplicação analógica em se tratando de incidentes de consumo – “Não há qualquer razão que impeça o transporte daquelas excludentes para o âmbito dos vícios de quantidade e para os vícios de qualidade por inadequação. Aliás, a analogia o recomenda. Mantém-se, desta forma, um sistema uniforme de excludentes, em acordo com a modernidade do direito do consumidor.”<sup>166</sup>

Note-se que, nas hipóteses legais de não-responsabilização previstas no § 3º dos arts. 12 e 14 da Lei n.º 8.078/90, as quais parte da doutrina diz serem

<sup>166</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 115.

*numerus clausus*<sup>167</sup>, não cabe falar em eximentes<sup>168</sup>. Tem-se, nestes casos, hipóteses em que não reunidos os três pressupostos básicos da responsabilidade, com o que inexistente responsabilidade, por conseguinte, não havendo motivo para a isenção.

Em outras palavras, restam diferenciadas a inexistência de responsabilidade (quando não há a obrigação de reparar/indenizar) e a eximente de responsabilidade. Em se tratando de eximentes, a responsabilidade está caracterizada; contudo, diante de um outro fator, resta o agente causador do dano desobrigado a repará-lo ou indenizá-lo; em outras palavras, a responsabilidade existe, vindo a ser, posteriormente, afastada.

Como exemplos típicos de eximentes tem-se a legítima defesa e o estado de necessidade, nos casos em que incorre dano a outra pessoa que não o causador da situação, hipóteses previstas no art. 160 do CCB e, especificamente, quanto à relação de consumo, o risco do desenvolvimento, embora alguns doutrinadores não o admitam como causa de isenção da responsabilidade.

**BENJAMIN**<sup>169</sup>, com exaustiva fundamentação, é um dos doutrinadores a afirmar que os riscos do desenvolvimento devem ser suportados pelo fornecedor, não servindo como eximente de sua responsabilidade:

“O Código não incluiu, entre as causas exoneratórias, os riscos de desenvolvimento, isto é, os defeitos que – em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço – eram desconhecidos e imprevisíveis.

“Por adotar um sistema de responsabilidade civil objetiva alicerçado no risco de empresa, a lei brasileira não podia, com razão, exonerar o fabricante, o produtor, o construtor e o importador na presença de um risco de desenvolvimento. (...)

“Os defeitos decorrentes de risco de desenvolvimento representam uma espécie do gênero defeito de concepção. Só que aqui o defeito decorre da carência de informações científicas, à época da concepção,

<sup>167</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 65, posição defendida por Antônio Hermann de Vasconcellos e Benjamin. NASCIMENTO, M. C. do. Ob. Cit., p. 54, com base em tal entendimento, afirma que, dessa forma, não estando expressamente arrolados, o caso fortuito e a força maior não podem ser tidas como causas exonerativas de responsabilidade nas relações de consumo. No mesmo sentido, DONATO, Maria Antonieta Zanardo (**Proteção ao Consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 224) não sendo esta a posição tida como mais acertada, consoante adiante demonstrado.

<sup>168</sup> O vocábulo eximente, com origem no verbo eximir, designa algo capaz de isentar, desobrigar, dispensar de uma obrigação existente.

<sup>169</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 67.

sobre os riscos inerentes à adoção de uma determinada tecnologia nova.

“Se um fabricante de medicamento conseguir provar que, à época da fabricação do produto, desconhecia seu potencial para causar defeitos genéticos, ainda assim será responsabilizado, posto que, ao fabricá-lo, assumiu todos os seus riscos. Há, aí, verdadeiro defeito de concepção.”

Ademais, vê-se que o disposto no art. 12, § 2º, do CDC não serve como fundamento à adoção desta eximente, vez que se refere à colocação de produto de melhor qualidade, com o que os outros até então existentes no mercado não poderão ser considerados defeituosos. Já, pelo risco do desenvolvimento, a hipótese é diversa: com o avanço tecnológico vem a se descobrir danos, até então desconhecidos, os quais decorrem do uso ou consumo de certo produto lançado no mercado.

Atentando-se ao inciso I do § 3º, art. 12 da Lei n.º 8.078/90, tem-se a hipótese em que o fabricante, o construtor, o produtor e o importador não colocaram o produto no mercado de consumo, com o que não há vínculo causal entre sua conduta e o prejuízo do consumidor: como não colocou o produto em circulação no mercado, não se pode atribuir a ele o dano causado ao consumidor. Exemplo típico desta hipótese é a ocorrência de danos ocasionados por produtos que tiveram sua marca comercial falsificada.

Da mesma forma, quanto à inexistência de defeito no produto ou serviço, não se tem o nascimento da responsabilidade, por falta de requisito essencial, restando ausente o nexo de causalidade. Não havendo defeito no produto ou no serviço prestado, não cabe falar que o dano teve origem no produto/serviço.

Na abordagem do art. 12, § 3º, inciso II, da Lei n.º 8.078/90<sup>170</sup>, cabe mencionar posicionamento de Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin<sup>171</sup> e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, segundo os quais “O Código de Defesa do Consumidor reduziu o rol dos fatos a serem provados pela vítima. A vítima deve apenas provar o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto defeituoso. Presume-se o defeito do produto, competindo ao fornecedor o ônus de provar sua inexistência, *ex vi* do disposto no art. 12, § 3º, II, do citado diploma legal.”<sup>172</sup>

<sup>170</sup> “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: (...) II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;”

<sup>171</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., pp. 59, 65-6.

<sup>172</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro. regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.4), p. 90.

Não se vê acerto em tal inferência da norma, nem mesmo ante o argumento de que, por vezes, a prova de existência do defeito é inviabilizada por seus custos ou pela dificuldade em obtê-la. Adota-se, aqui, a doutrina de ALVIM<sup>173</sup>, o qual bem refere:

“(...) permanece intacta, nesse ponto a distribuição do ônus da prova do art. 333 do Código de Processo Civil, que, como vimos acima, diz competir ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Como, sem dúvida, a **existência do defeito é fato constitutivo do direito do autor/consumidor** (cabendo-lhe, portanto, a prova consoante o art. 333, I, do CPC), pois não há responsabilidade civil do fornecedor no sistema do Código do Consumidor, sem a existência de defeito juridicamente relevante (art. 12, **caput**) e, por sua vez, a inexistência do defeito é fato impeditivo do direito do autor/consumidor (cabendo ao fornecedor o ônus da sua comprovação, nos termos do art. 333, II, do CPC), e por esta razão foi expressamente previsto pelo Código do Consumidor como eximente da responsabilidade do fornecedor que deverá prová-lo, em nada se afasta do regime de distribuição do ônus da prova do Código de Processo Civil. (...) Ademais, a solução para estes casos especiais está justamente neste art. 6º que confere ao juiz a possibilidade de, como visto, a seu critério e em situações que se justifiquem, ante a verossimilhança da afirmação do consumidor ou constatada sua hipossuficiência, inverter o **onus probandi**, facilitando a defesa dos seus direitos.”

Na culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, hipótese insculpida no inciso III, § 3º, art. 12, e inciso II, §3º, art. 14, ambos da Lei n.º 8.078/90, por igual, tem-se afastado o nexos de causalidade entre a conduta do fabricante, construtor, produtor, importador ou fornecedor de serviços e o dano, cabendo apurar-se, mediante dilação probatória, o dolo, a negligência, imprudência ou imperícia do consumidor ou terceiro.

Há de se sublinhar que a causa única do dano deverá ser a culpa da vítima, sendo que, só dessa forma, estará rompido o nexos de causalidade. Em havendo culpa concorrente, o nexos de causalidade, embora enfraquecido, existe, tendo-se preenchidos

<sup>173</sup> ALVIM, José Manoel de Arruda (*et. al.*). **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. 2.t. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 70-1.

os requisitos da responsabilidade objetiva e, assim, sendo devida a reparação/indenização pelo agente. A propósito do tema, **FREITAS**<sup>174</sup> escreve:

“Na teoria da responsabilidade subjetiva, a culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano tem o condão de reduzir a indenização, muitas vezes proporcionalmente à participação do agente no evento danoso.

“Essa construção doutrinária, que chegou a criar o instituto da ‘culpa levíssima’, não é adequada à teoria da responsabilidade civil objetiva, na maioria em que, havendo a participação no evento danoso do agente (no caso de relação de consumo, do fornecedor ou responsável solidários), tal participação, ainda que mínima, justifica a responsabilização integral do mesmo agente, sem qualquer redução na reparação indenizatória.”

Do mesmo modo, havendo conduta, culposa e exclusiva, de terceiro estranho à relação de consumo, tem-se ausente pressuposto da responsabilidade, qual seja, o nexo de causalidade. Como terceiro entende-se todo aquele que é alheio à relação de consumo, cabendo citar-se os exemplos trazidos por **BENJAMIN**<sup>175</sup>, tendo-se como terceiro o transportador do produto, contratado pelo próprio consumidor, e o Estado, no caso de rompimento de roda de veículo, causando acidente fatal, em razão da má conservação de rodovia.

Giza-se que o comerciante não pode ser considerado terceiro, para os fins do art. 12, § 3º, Lei n.º 8.078/90, por exercer ele papel fundamental na relação de consumo, podendo, inclusive, vir a ser responsabilizado pelo acidente de consumo, nas situações em que não identificados, de forma clara, o fabricante, construtor, produtor ou importador, ou quando não conservados, adequadamente, os produtos perecíveis (art. 13, CDC).

Embora não expressamente arrolados como casos de não-responsabilização pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se o caso fortuito e a força maior como fatos que atingem o nexo de causalidade, pelo que, como impedimentos genéricos da responsabilidade, são aplicáveis às relações de consumo<sup>176</sup>.

<sup>174</sup> FREITAS, A. de O. Ob. Cit., p. 107.

<sup>175</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 56.

<sup>176</sup> NERY JÚNIOR, N. (Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3, set./dez.1992, p. 58), em sentido contrário, afirma que, tendo a Lei n.º 8.078/90 adotado a teoria do risco da atividade, não cabe falar em exclusão do dever de indenizar por caso fortuito ou força maior.



O Código Civil Brasileiro tratou de caracterizar o caso fortuito como sinônimo de força maior, dispondo em seu parágrafo único do art. 1.058: “O caso fortuito, ou força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”. A similitude entre os conceitos, contudo, não é admitida de forma unânime na doutrina, havendo dissenso quanto à definição dos vocábulos, que têm como requisitos a inevitabilidade (inexiste maneira de impedir sua ocorrência, mesmo que previsto o fato), sendo pressuposto preponderante em relação à imprevisibilidade, segundo requisito, vez que de nada adianta prever o fato se não há como evitá-lo ou impedi-lo.

**BENJAMIN**<sup>177</sup>, referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor, anota: “A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar.” O autor, na mesma obra, especifica:

“Que fique um alerta, entretanto: não é caso fortuito ou força maior o fato que se origina na própria atividade produtiva, em si considerada. A inevitabilidade há que decorrer de elementos que se encontrem fora desta. Por exemplo, não caracteriza a excludente a alegação de que, em produção massificada, é inevitável a colocação no mercado de produtos com vícios de qualidade. Trata-se, aí, de inevitabilidade materializada no interior da atividade econômica. Não há contribuição externa, alheia a si mesma. É uma inevitabilidade que se comporta como verdadeira consequência natural da atividade. Por isso mesmo, não exime o responsável do dever de reparar. Não se pode, a pretexto de abrigar tais excludentes, reintroduzir o requisito de culpa, de resto totalmente contrário ao sistema do Código.”<sup>178</sup>

É de acordo com a doutrina acima exposta que **NORONHA**<sup>179</sup> elenca como requisitos à exclusão de causalidade pelo caso fortuito ou de força maior, além da inevitabilidade e da imprevisibilidade, a externidade, ou seja, o fato deve ser externo,

<sup>177</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 67.

<sup>178</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Idem, p. 116.

<sup>179</sup> NORONHA, F. **Parte II – Responsabilidade Civil (Geral, ou em Sentido Estrito)**. Apostila distribuída ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, disciplina de Direito Civil. Capítulo 8 – Dano e Nexo de Causalidade, p. 371.

desvinculado, à atividade desenvolvida pela pessoa de cuja responsabilidade se esteja cogitando.

À mesma conclusão chega **MELLO**<sup>180</sup>, que exemplifica:

“Assim, o prestador de serviços de transporte coletivo não estará obrigado a indenizar danos sofridos pelos passageiros em decorrência de um roubo perpetrado por terceiro, mas será responsabilizado por danos causados em virtude de colisão provocada por falha mecânica do veículo. Apenas no primeiro exemplo a causa do defeito é estranha ao negócio do fornecedor e, assim, inelutável, inafastável, rompendo o nexo causal.”

Por fim, há de se ressaltar a impossibilidade de ajuste quanto a causas exonerativas (convencionais) em razão das normas expostas nos arts. 25<sup>181</sup> e 51, inciso I<sup>182</sup>, todos do Código de Defesa do Consumidor, pelas quais, com base no direito do consumidor à “efetiva prevenção e reparação de danos” (art. 6º, inciso VI, CDC), veda-se a disposição contratual que exclua ou implique diminuição na responsabilidade do fornecedor, renúncia ou disposição de direitos de consumidores.

---

<sup>180</sup> MELLO, H. C. V. de. Ob. cit., p. 65.

<sup>181</sup> CDC, “Art.25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores. § 1º. Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores.”

<sup>182</sup> CDC, “Art.51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonere ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; (...)”

### III. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

#### 3.1. ÔNUS DA PROVA

Prova, em sentido técnico-jurídico, tem na doutrina de **MAGALHÃES**<sup>183</sup> definição detalhada e exaustiva:

“Prova, do latim proba, de probare (demonstrar, tornar certo) significa aquilo que demonstra, estabelece a verdade de uma coisa. A expressão tem o mesmo sentido em Direito; no entanto, neste campo o vocábulo é mais atinente a fatos: provar é estabelecer a verdade histórica, objetiva. Em linguagem não jurídica pode-se dizer, por exemplo, que alguém provou, com argumentos irrefutáveis, o que afirmara; em Direito a prova nunca fica no terreno puramente metafísico; diz respeito a fatos e se faz por meio de fatos; nada se prova por meio apenas de argumentos. Em Direito Judiciário, provar é trazer ao processo os elementos de fato aptos a convencer o órgão do Poder Judiciário da verdade daquilo que se alegou. Dentro deste sentido, prova é, ainda, a atividade produtora dos elementos de convicção; diz-se, por exemplo, que o autor tem o ônus da prova. É, também, o meio pelo qual essa atividade é desenvolvida (um documento, por exemplo, como prova de um contrato). Também pode ser alguma coisa evidenciadora de algum fato, ainda que não voluntariamente preparada para tal (ex.: um automóvel danificado, ou seja, servindo de ‘corpo de delito’), etc.

O processualista **SANTOS**<sup>184</sup> resume o conceito, tendo na prova a “soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”, donde sua finalidade é a comprovação do afirmado pela parte, formando, assim, a convicção do julgador sobre os fatos que embasam o pedido.

<sup>183</sup> MAGALHÃES, Humberto Piragibe. **Prova em Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 7.

<sup>184</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. II. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 329.

Em incursão histórica, tem-se que o desenvolvimento do Direito vem marcado pela evolução na maneira de se provar os fatos relevantes a embasar o pedido, passando-se pelo direito arcaico, em que se tinham fórmulas mágicas, sagradas; pelo direito greco-romano, no qual se adiciona racionalidade à formação da prova, admitindo-se o conhecimento empírico e a boa-fé como elementos de convencimento do julgador; e pelo processo canônico medieval, vedando-se as ordálias, também designadas Juízos de Deus<sup>185</sup>. Revendo a história jurídica e, apontando a relevância da matéria, **LOPES**<sup>186</sup> conclui “A defesa do consumidor depende, em grande medida, do sistema de provas que se institui.”

Definida, juridicamente, a prova, passa-se ao exame de outro dos termos da expressão ônus da prova.

Ônus é conceito jurídico processual que traduz uma possibilidade de a parte agir, visando atender seu próprio interesse e sem que o não-cumprimento possa ensejar que terceiro exija o cumprimento, donde não se identifica com obrigações, nas quais se satisfaz interesse de terceiro (credor), podendo este exigir o cumprimento da obrigação. **MIRANDA**<sup>187</sup> bem diferencia os conceitos:

“(...) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse (...) O ônus da prova é o ônus que tem alguém de dar a prova de algum enunciado de fato. Não se pode pensar em dever de provar, porque não existe tal dever, quer perante a outra pessoa, quer perante o juiz; o que incumbe ao que tem o ônus da prova é de ser exercido no seu próprio interesse.”

Desse modo, tem-se no ônus da prova uma forma de se determinar qual das partes sofrerá os efeitos de não restar amealhado aos autos do processo elementos capazes de possibilitar um juízo de certeza, tendo o juiz orientação de como

<sup>185</sup> A ordália consistia em que a pessoa fosse submetida a uma prova, tendo-se como certo de que, estivesse ela faltando com a verdade, Deus retiraria sua vida ou a deixaria com sinal evidente; em sentido inverso, se a pessoa estivesse apresentando testemunho verdadeiro, Deus a pouparia, deixando-a incólume, pelo que é chamada, também, de juízos de Deus.

<sup>186</sup> LOPES, J. R. de L. Ob. cit., p. 120.

<sup>187</sup> MIRANDA, P. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 253.

proferir a sentença, com o que se evita o julgamento arbitrário e a denegação de Justiça, proscriita no ordenamento jurídico face ao disposto no art. 126 do CPC<sup>188</sup> e art. 5º, inciso XXXV, da CF/88<sup>189</sup>, que trazem a inafastabilidade do controle jurisdicional (correlato ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, pelo qual o juiz não se exime de sentenciar). Sacrifica-se a verdade real em nome da necessidade de uma resposta judicial em todo e qualquer feito, ou seja, a sentença deverá acolher ou rejeitar o pedido, havendo, ou não havendo provas produzidas, sendo elas suficientes ou insuficientes.

Giza-se que, estando o juiz convicto, ou seja, tendo ele formado convencimento sobre a procedência ou improcedência do pedido mediante as provas levadas ao processo, com base nelas julgará a lide, restando sem aplicação as normas acerca do ônus da prova. Ao contrário, estando o magistrado sem a certeza do alegado após a conclusão da fase probatória, fará valer as regras do ônus da prova, que disciplinam o julgamento em caso de ausência ou insuficiência de provas.

Assim, as regras do ônus da prova têm aplicação quando do julgamento do processo, e não no curso do feito, sendo, pois, regras para o julgamento nos casos de ausência ou deficiência de provas, já encerrada a fase probatória. Não tratam da definição de quem ou o quê deve ser objeto de prova, mas qual das partes suporta a desvantagem da prova frustrada, prova que não cumpriu sua finalidade de formar o convencimento do julgador sobre os fatos alegados.

Quanto à distribuição do ônus da prova, destaca-se que, já no direito processual romano se tinha como princípio básico o de que o ônus da prova é do autor, sendo nesse sentido o brocardo “*judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*”<sup>190</sup> (o juiz deve decidir segundo o alegado e provado pelas partes), que sintetiza o princípio dispositivo, adotado pelo CPC, consoante expresso no item 18 da exposição de motivos desta lei: “O projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 130, III).”

Com base na expressão latina referida, parte da doutrina divide o ônus em ônus de alegação e ônus da prova.

<sup>188</sup> CPC, “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

<sup>189</sup> CF/88, art. 5º, inciso “XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

<sup>190</sup> CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990, p. 63.

O ônus da alegação, também chamado ônus da afirmação é mais amplo do que o ônus da prova, já que todos os fatos relevantes deverão ser afirmados: o autor deve indicar, na petição inicial, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, inciso III, Código de Processo Civil) e o réu, na contestação, deverá expor as razões de fato e de direito com que impugna o pedido (art. 300, CPC).

Já, o ônus de prova, pelo qual as partes devem provar a veracidade de suas afirmações, levando ao processo subsídios capazes de formar o convencimento do magistrado, é conceito mais restrito, já que nem todos os fatos sujeitam-se ao ônus da prova, como se tem exemplo no disposto pelo art. 334 do Código de Processo Civil<sup>191</sup>.

A doutrina, ainda, difere o ônus da prova objetivo e o ônus da prova subjetivo; este corresponderia à necessidade de os litigantes fornecerem provas dos fatos por eles alegados. Já o ônus da prova objetivo é visto como regra de julgamento pela qual, embora não tenha o julgador formado sua convicção sobre os fatos controvertidos, deverá proferir julgamento. BUZAID, citado por PACÍFICO<sup>192</sup>, é quem exemplarmente sintetiza:

“(...) o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente ligado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não comprovados cumpridamente.”

Pelo sistema adotado no Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe a quem alega e, sendo o autor quem primeiro alega, é este quem deve comprovar o alegado, com o que ao autor cabe fazer prova dos fatos constitutivos de seu

<sup>191</sup> Código de Processo Civil (1973), art. 334: “Não dependem de prova os fatos: I- notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

<sup>192</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44), p. 134.

direito e ao réu, dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, nos termos do previsto no art. 333<sup>193</sup>, CPC.

**SANTOS**<sup>194</sup>, aludindo ser a teoria adotada pelo sistema processual civil brasileiro a de autoria de Betti, assevera:

“Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos. (...) Aquilo que para Betti é traduzido sob a denominação de ônus da ação e ônus da exceção é sintetizado por Canelutti no seguinte princípio: ‘Quem expõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta; em outros termos – quem aciona deve provar o fato ou fatos constitutivos e quem excetua o fato ou fatos extintivos, ou a condição ou condições impeditivas ou modificativas.’”

Em explicitação aos conceitos, o autor citado<sup>195</sup> menciona que fatos constitutivos são os que têm como eficácia jurídica fazer nascer, constituir, uma relação jurídica. **MAGALHÃES**<sup>196</sup> traz exemplos: “Os fatos constitutivos tanto correspondem a acontecimentos naturais (como o nascimento ou a morte da pessoa física) com a ação humana (atos jurídicos, aquisição de domicílio, apropriação de coisa abandonada, atos ilícitos, etc.).”.

São designados fatos modificativos os que alteram a relação jurídica, sem, contudo, extingui-la ou impedir seus efeitos, como é o caso da cessão de crédito (modificação subjetiva, relativa à titularidade do direito), o pagamento parcial do crédito (modificação objetiva, diz com o conteúdo do direito) etc.

Fatos impeditivos são os que inviabilizam a eficácia jurídica própria do ato, “Assim a falta de capacidade civil do vendedor em um contrato de compra e

<sup>193</sup> Código de Processo Civil (1973), art. 333: “O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I- recair sobre direito indisponível da parte; II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

<sup>194</sup> SANTOS, M. A. dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 25.

<sup>195</sup> SANTOS, M. A. dos. *Idem*, pp. 27-8.

<sup>196</sup> MAGALHÃES, H. P. *Ob. cit.*, p. 24.

venda impede que o negócio jurídico se constitua (...) fazem com que o direito nem chegue a nascer”,<sup>197</sup>

Por último, fatos extintivos são aqueles que tem como eficácia a cessação da relação jurídica, como se dá com o pagamento, que dá fim à relação jurídica obrigacional, fazendo desaparecer o direito ao crédito.

Colhe-se da doutrina a lição de **MOREIRA**<sup>198</sup> acerca da aplicação das regras sobre o ônus da prova:

“As regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados. O juiz não tem que preocupar-se com as regras legais da distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as consequências desfavoráveis da falta da prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição. Se ele verifica que o fato não provado era o constitutivo, atribui ao autor as consequências nefastas dessa lacuna probatória. Se ele verifica que a prova faltante é de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, quem suportará as consequências melancólicas será o réu.

“Assim, essas regras, quando se aplicam, é porque já se fez de tudo que se devia ter feito no sentido de se conseguir a prova do fato. E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o ‘princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência.”

Sob diferente ângulo, de se observar que o preceito do art. 333, Código de Processo Civil admite convenção diversa pelas partes, salvo em se tratando de direitos indisponíveis ou que se torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do

<sup>197</sup> MAGALHÃES, H. P. Idem, pp. 25-6.

<sup>198</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Juiz e a Prova*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 35, abr./jun. 1984, p. 181.



direito, como expresso no parágrafo único desta norma, donde se permite relacionar a disponibilidade do direito objeto da demanda e a aplicação do princípio dispositivo. No dizer de DINAMARCO<sup>199</sup>:

“Onde maior é a disponibilidade dos direitos e interesses controvertidos, ali mais viva é a presença do princípio dispositivo e, consequentemente, mais se aplica a regra de julgamento, segundo a qual o fato não provado é fato inexistente; ao ônus de afirmar fatos, segue-se o de comprová-los, de modo que o juiz, ao dispor-se a julgar, terá situações muito parecidas quando da falta de alegação ou da falta de prova. Diz-se muito tradicionalmente que é no momento da decisão da causa, estando já exauridas as possibilidades probatórias do processo, que surge a objetiva relevância das regras sobre o ônus da prova e sua distribuição: antes, que cada um cuide de provar o que alega e dar prova contrária às alegações adversárias pouco importando a origem de cada meio de prova que venha a ser oferecido ou mesmo produzido no processo (princípio da aquisição). (...) Tratando-se de disputa sobre direitos indisponíveis, baixa o grau de dispositividade no processo e, consequentemente, o peso representado pelo ônus da prova. (...) Isso quer dizer, em outras palavras, que nos processos sobre direitos indisponíveis o juiz compartilha com as partes do encargo probatório, aflorando ditames relativos à sua liberdade investigatória.”

Em se tratando de relações de consumo, via de regra, tem-se direitos disponíveis; contudo, não há falar em aplicação plena do princípio dispositivo em razão da natureza das normas da Lei n.º 8.078/90 que, considerando a vulnerabilidade do consumidor, apresentam-se como de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC), o que é bem percebido por NERY JÚNIOR<sup>200</sup>:

“O art. 1º do CDC diz que suas disposições são de *ordem pública e interesse social*. Isto quer dizer, em primeiro lugar, que toda a matéria constante do CDC deve ser examinada pelo Juiz *ex officio*, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre a preclusão,

<sup>199</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 249.

<sup>200</sup> NERY JÚNIOR, N. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, p. 24-35, jan./mar. 1991, p. 25.

circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o Tribunal, inclusive, decidir com *'reformatio in pejus'* permitida, já que se trata de questão de ordem pública.”

Por fim, cabe gizar que a regra pela qual “quem alega prova” é adequada ao processo civil dito tradicional, no qual se embatem indivíduos em pé de igualdade, sem inferioridade de qualquer dos litigantes, e não em situações de inviabilidade da reunião de elementos probatórios a demonstrar o fato constitutivo do direito alegado, estando tais subsídios em poder do outro litigante.

Verificada desigualdade entre as partes do processo, como se dá nas relações de consumo, faz-se necessária a utilização de mecanismos de compensação, a fim de restabelecer o equilíbrio entre os litigantes, garantindo verdadeiro acesso à Justiça, sendo um destes mecanismos a inversão do encargo probatório:

“A tendência é no sentido de depressão do princípio dispositivo e incremento dos poderes do juiz na condução do processo. E assim é que efetivamente deve ser. Como ponderou Galeno Lacerda em um de seus lapidares escritos, visto que processo é instrumento, essa instrumentalidade implica a indispensável versatilidade. A caneta é instrumento adequado para escrever sobre o papel, mas de todo imprestável para gravar em bronze. Assim também o processo civil tradicional, de feição acentuadamente dispositiva, onde o juiz pouco mais tem a fazer do que velar pelo respeito às regras do jogo, pode ainda nos conturbados tempos que nos tocaram ter sua utilidade como instrumento de superação dos litígios *inter pares*, versando sobre matéria eminentemente obrigacional e onde não se insinue qualquer fator de desequilíbrio. Mas nenhuma utilidade terá na solução dos confrontos emanados de relações jurídicas onde a própria garantia constitucional do contraditório só pode encontrar guarida efetiva se a balança for previamente expurgada do contrapeso ou tara com que vem originalmente viciada.”<sup>201</sup>

Cabe ainda nesse tópico realçar que o critério de valorização da prova traz conseqüências ao ônus da carga probatória na medida em que, com a adoção, pelo

---

<sup>201</sup> FABRÍCIO, , Adroaldo Furtado. As Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, jul./set. 1993, p. 33.

disposto no art. 131 do CPC<sup>202</sup>, do sistema da persuasão racional (também designado da livre apreciação motivada), tem-se diminuída a aplicação das regras do encargo probatório, vez que há maior probabilidade de convencimento do magistrado através de variados meios probatórios que se permite fazer uso.

Já, pelo critério da prova legal ou tarifada, no qual cada meio de prova tem valor inalterável prefixado em lei, o julgador considera provado (ou não) determinado fato não por seu próprio convencimento, mas conforme a eficácia que a norma deferia àquele meio probatório. Em outras palavras a atuação do julgador restava presa ao formalismo e ao valor tarifado das provas, não se conferindo valor à apreciação judicial sobre a prova, que tinha sua credibilidade pré-fixada pela lei.<sup>203</sup>

### 3.2. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

Ao lado do novo regramento de direito material, trouxe a Lei n.º 8.078/90 inovações processuais, a fim de tornar efetivos os direitos outorgados aos consumidores. Assim é que se tem no Código de Defesa do Consumidor alteração à regra processual civil de competência, facultando ao autor ajuizar a demanda de responsabilidade civil junto ao seu domicílio (art. 101, inciso I, CDC); se tem como instrumentos de execução da Política Nacional das Relações de Consumo as Delegacias de Polícia, as Promotorias de Justiça, os Juizados Especiais de Pequenas Causas e as Varas Especializadas para solução de litígios de consumo (art. 5º, incisos II, III e IV, CDC); se tem prevista a extensão da coisa julgada conforme o resultado da demanda (art. 103, CDC) etc., além da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, no processo civil.

<sup>202</sup> Código de Processo Civil Brasileiro (1973), art. 131: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

<sup>203</sup> SANTOS, M. A. dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. II. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 380: "O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constringido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse. No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal."

Nesse aspecto, a matéria no ordenamento brasileiro não destoou da de outros países, como registrado por **BULGARELLI**<sup>204</sup>:

“E é sintomático que todo o trabalho de construção legislativa e jurisprudencial, em favor do consumidor, tanto nos países da *common law* como nos chamados europeus continentais, foi a de superar as barreiras da relação contratual (*privacy of contract*, dos anglo-saxões), da inversão do ônus da prova ou sua presunção (*res ipsa loquitur*) e da substituição da culpa (ao menos *stricto sensu*) pela responsabilidade por risco.”

Assim é que “o elenco de princípios do art. 4º do CDC transporta-se aos direitos básicos dos consumidores elencados nesse art. 6º, que mantém correlação com os direitos básicos dos consumidores aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas.”<sup>205</sup>, tendo-se a inversão do encargo probatório nas lides cíveis como uma das formas de garantir a facilitação da defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, VIII, Lei n.º 8.078/90), cabendo ao julgador aplicar nos casos em que a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor torne necessário o abandono das regras processuais genéricas, previstas para os casos em que as partes são, presumivelmente, equânimes.

Sublinha-se que, por disposição do art. 90 do CDC, na defesa do consumidor em Juízo, expressão que dá nome ao título III do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicam-se, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil e as da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985).

Imperiosa a aplicação do critério da especialidade na verificação da norma processual a incidir sobre a matéria, como assinala **NERY JÚNIOR**<sup>206</sup>: “No particular, portanto, ficam revogadas as leis materiais e processuais que forem incompatíveis com o sistema do Código de Defesa do Consumidor – CDC (...) A revogação desses outros diplomas pelo advento do CDC é, pois, pela especialidade.”

Dessa forma, o art. 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90, prevendo a inversão do ônus da prova em litígios de consumo, afasta a aplicação do art. 333 do Código de Processo Civil, fazendo com que o consumidor, embora não comprovando suas alegações,

<sup>204</sup> GRINOVER, A. P. (Coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1984 (Série Estudos Jurídicos n.º 1), p. 115.

<sup>205</sup> ALVIM, J. M. de A. (et. al.). Ob. cit. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 59.

<sup>206</sup> NERY JÚNIOR, N. **O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, p. 24-35, jan./mar. 1991, p. 24.

não sofra conseqüências por se encontrar impossibilitado de angariar elementos probatórios a seu favor, o que plenamente justificável, como bem destacado na doutrina por CUNHA<sup>207</sup>:

“O consumidor deve ser sempre considerado a parte mais vulnerável das relações de consumo, sendo de aplicação e observação obrigatória os princípios e normas constitucionais e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Suas alegações devem ser presumidas como verdadeiras, em juízo e fora dele, não sendo o bastante a palavra do fornecedor contra a do consumidor para que seja de alguma maneira atenuada a sua proteção. (...) O fornecedor não pode ter mais confiabilidade do que o consumidor de serviços, ao se utilizar em próprio benefício do poder econômico e financeiro; a *contrario sensu* esta presunção deve ser válida sempre em benefício do consumidor em inversão de proporcionalidade ao poder do fornecedor.”

Prevista em situações nas quais há notória dificuldade de uma das partes em comprovar suas alegações e, por outro lado, facilidade em que a outra parte produza a prova a seu favor, a inversão do ônus probatório destrói a relação entre o ônus da afirmação e o ônus de provar, arcando o demandado (fornecedor) com as conseqüências desfavoráveis decorrentes da não-produção ou da insuficiência da prova no processo.

Em se tratando de lide em que figuram, como partes, consumidores e fornecedores, notadamente organizados estes como pessoas jurídicas, empresas, “é como se, contra uma espada, o consumidor lutasse com as mãos”<sup>208</sup>, dada a flagrante desigualdade entre os litigantes, tendo-se no consumidor a parte vulnerável (art. 4º, inciso I, Lei n.º 8.078/90).

Destaca BULGARELLI<sup>209</sup>, no artigo “A Tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e de *Lege Ferenda*”:

“Nessa contraposição de interesses, o predominante para nós deve ser o do consumidor, ficando a cargo do fabricante o ônus (ou obrigação se se preferir) de reparar os danos causados ao primeiro, em virtude de sua maior potência econômica e por sua condição de

<sup>207</sup> CUNHA, Belinda Pereira da. **Da Proteção do Consumidor de Serviços**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abril/jun.1999, pp. 25-6.

<sup>208</sup> ALMEIDA, C. F. de. Ob. cit., p. 156.

<sup>209</sup> GRINOVER, A. P. (Coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1984 (Série Estudos Jurídicos n.º 1), p. 112.

sujeito em cujo interesse se desenvolve a atividade produtiva – *ubi emolumentum, ibi onus*. É portanto o fabricante o mais indicado para absorver a carga do dano, pois é quem decide soberanamente sobre o produto (tipo, modo de fabricação, controle e forma de distribuição, preços, publicidade, etc.) utilizando meios persuasivos para a sua aquisição.”

Com similar percepção quanto ao mercado de consumo atual, no qual os consumidores, via de regra, contratam em condições não favoráveis a seus interesses, pela premente necessidade do produto/serviço, ALMEIDA<sup>210</sup> registra “ (...) a probabilidade de se enganar é muito maior por parte de quem não é profissional no exercício do comércio; as empresas são declarantes (e declaratórios) experientes e esclarecidos; os consumidores, mesmo quando não sejam vítima de logro intencional, estão mais sujeitos a expressar-se com deficiência ou equivocar-se na formação da sua vontade mais superficial.”

Necessário mencionar a escorreita lição de DINAMARCO<sup>211</sup> sobre o tema: “A facilitação do juízo tem sentido nitidamente ideológico na regra geral ditada pelo Código do Consumidor, permissiva da discricionária inversão do ônus probatório em benefício dos consumidores nos seus litígios com fornecedores. Sendo verossímeis as alegações da inicial, isso basta e cumpre ao réu provar o contrário. Diz a lei ainda que, se o autor for hipossuficiente, a solução será a mesma.”

Ressalta-se que, pela regra disposta no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor – “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” -, a inversão do ônus da prova se dá *ope legis*, ou seja, decorre diretamente da lei, determinando que o encargo de provar a veracidade e correção da informação ou do anúncio publicitário caberá ao patrocinador, independentemente da verificação judicial de qualquer pressuposto, seja da hipossuficiência do atingido pela informação/comunicação publicitária inverídica ou incorreta, seja da verossimilhança das alegações.

MOREIRA<sup>212</sup> vê, nos arts. 12 e 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), normas que referem casos de não responsabilização, dentre eles a inexistência do defeito do produto ou serviço, outra hipótese de inversão *ope legis*:

<sup>210</sup> ALMEIDA, C. F. de. Ob. cit., p. 26.

<sup>211</sup> DINAMARCO, C. R. Ob. cit., pp. 244-5.

<sup>212</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *O Processo Civil no Código do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul./set. 1991, p. 144.

“Em matéria de ônus da prova, é preciso, ainda, destacar as normas dos arts. 12, § 3º, n. II, e 14, § 3º, n. I, as quais atribuem aos fornecedores, ali designados, o ônus de provar a inexistência do defeito do produto ou serviço. Não cabe, pois, ao consumidor o ônus de demonstrar a existência do defeito. O Código, neste ponto, revela-se extremamente avançado, rejeitando a idéia, exposta na doutrina estrangeira e seguida em outros centros, de que o defeito deve ser provado pelo consumidor, porque se trataria de um dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil do fornecedor. Houve, portanto, uma inversão legal do ônus da prova: um fato, que é, na ação indenizatória proposta pelo consumidor, constitutivo do seu direito, não precisa ser por ele demonstrado; ao revés, atribuir-se ao fornecedor a prova da inexistência daquele mesmo fato.”

A regra geral, contudo, é a disposta no inciso VIII, art. 6º, Lei n.º 8.078/90, que dá ao julgador o tarefa de apreciar os requisitos à inversão probatória, verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, consoante as particularidades do caso levado a Juízo.

Presente qualquer dos pressupostos, resta o autor dispensado de comprovar os fatos por ele alegados, sendo definida a norma do art. 6º, inciso VIII, Lei n.º 8.078/90, como inversão probatória *ope judicis*, tendo-se avaliação discricionária quanto à verificação de qualquer dos requisitos que, estando presentes, determinam a inversão do ônus da prova<sup>213</sup>. Em manifestação diversa que, ao final, chega à idêntica conclusão, MARTINS<sup>214</sup> afirma: “(...) não fica a critério do Juiz inverter o ônus da prova e sim ao verificar os requisitos da verossimilhança e hipossuficiência do consumidor deve inverter a prova; pois a inversão do ônus não opera como sendo *ope judicis* e sim regra *ope legis*.”

Como notado por FABRÍCIO<sup>215</sup>, deferindo-se ao magistrado poder para preencher o significado dos termos da norma, tem-se a aceitação pelo ordenamento jurídico nacional da tendência do processo civil moderno, na qual se incrementa a atividade judicial:

<sup>213</sup> NOGUEIRA, T. L. T. *A Prova no Direito do Consumidor: o ônus da prova no Direito das Relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 124.

<sup>214</sup> MARTINS, Plínio Lacerda. *A Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil Pública Proposta pelo Ministério Público em Defesa dos Consumidores*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 31, jul./set. 1999, p. 75.

<sup>215</sup> FABRÍCIO, A. F. Ob. cit., p. 33.

“Aqui, é nos limites e coordenadas de cada caso concreto, segundo suas específicas peculiaridades, que o juiz decidirá se inverte ou não o encargo. E essa vital decisão, que poderá ser a mais importante do processo porque em mais de um caso determinará inescapavelmente o rumo da sentença de mérito, é entregue por inteiro ao critério judicial, pois os marcos referenciais que o mesmo texto normativo oferece pouco ou nada têm de objetivos e correspondem a conceitos semanticamente anêmicos, quais seja, a ‘verossimilhança’ do alegado, a ‘hipossuficiência’ do alegante e as ‘regras ordinárias de experiência.’”

Ao comentar os requisitos da inversão probatória no Código de Defesa do Consumidor, não obstante reconheça a partícula alternativa na redação do inciso VIII, art. 6º, **GIDI** tem como necessária a presença simultânea de ambos os pressupostos, ou seja, a alegação tem de ser verossímil e o consumidor, hipossuficiente, exigindo, também, que a prova seja, em tese, de realização possível ao fornecedor:

“Afigura-se-nos que verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo, preliminarmente, em face da sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de natal.”<sup>216</sup>

Não se tem como aceitável tal argumentação, seja pela divergência expressa, contrariando a simples interpretação literal do dispositivo legal, seja porque, no exemplo referido, extremamente facilitado ao “*shopping center* luxuoso” apresentar prova de que o “mendigo” não tem a propriedade do veículo que alegou ter sido furtado, bastando juntar certificado negativo de propriedade em nome do autor da demanda, obtido junto ao departamento de trânsito, não se podendo admitir a inclusão de outros requisitos, em afronta ao sentido da lei de proteção ao consumidor.

<sup>216</sup> GIDI, Antonio. *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, jan./mar.-1995, p. 34.



Os pressupostos da inversão probatória, verossimilhança do alegado bem como a hipossuficiência do consumidor, deverão ser apuradas pelo juiz segundo as "regras ordinárias de experiência", como previsto, expressamente, no inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90, norma colmatada pelo art. 335 do Código de Processo Civil – "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."

SANTOS<sup>217</sup> explicita: "*Máximas de experiência, ou regras da experiência*, isto é, juízos formados na observação do que habitualmente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média."

Atento ao conceito é que em acórdão – Apelação Cível n.º 240.757-2, Presidente Prudente, apreciada pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na data de 22 de setembro de 1994, em votação unânime -, citado na obra de NUNES<sup>218</sup>, tem-se a situação de um consumidor, autor de ação contra fábrica moveleira, tendo com esta contratado a fabricação de estante e mesas, as quais entregues fora das especificações, se fez constar: "(...) aplica-se a regra da inversão do ônus da prova, visto que há verossimilhança nas alegações do autor, posto que devolveu as mesas. Ora, se assim procedeu é porque o produto deveria apresentar defeito, pois ninguém, em sã consciência, devolve um produto já pago se estiver satisfeito."

Outra situação trazida pelo autor é a de ação visando à anulação de contrato, em que a requerida foi acionada judicialmente reiteradas vezes, sempre sob as mesmas alegações, tendo-se no corpo do acórdão (Apelação Cível n.º 249.967-2, Cotia, apreciada pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 14 de fevereiro de 1995):

"Está demonstrado nos autos que a apelada tem sido constantemente acionada judicialmente, sempre sob a alegação de que seus vendedores ao procurarem os consumidores para a celebração do contrato de veiculação de propaganda nas páginas amarelas eletrônicas sempre prometem que será instalado um terminal de videotexto no estabelecimento do contratante. Firmado o contrato, que implica na assunção da obrigação do assinante de pagar durante quinze meses pelos serviços de propaganda prestados

<sup>217</sup> SANTOS, M. A. dos. Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 337.

<sup>218</sup> NUNES, L. A. R. Ob. cit., p. 353.

pela apelada, o videotexto não é instalado, surgindo então o esclarecimento de que tal aparelho só pode ser obtido por locação na Telesp. A inidoneidade da apelada exsurge com evidência, pois não é crível que um número tão grande de consumidores procurasse o Poder Judiciário, bem como os demais órgãos de defesa do consumidor, inclusive as Delegacias de Polícia se efetivamente não tivessem sentido ilaqueados em sua boa-fé. Os constantes processos promovidos contra a apelada faz com que seja verossímil a alegação do apelante, pelo que incide a regra do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, a critério do Juiz.”<sup>219</sup>

Ao se buscar delineamentos para os conceitos indeterminados que servem de requisitos da inversão do encargo probatório, passa-se ao exame, de forma mais detida, acerca da verossimilhança e da hipossuficiência.

Por alegação verossimilhante tem-se a alegação provável, aparentemente verdadeira, diferindo, assim, de um juízo de verdade, que diz com os fatos alegados. Expressa **NOGUEIRA**<sup>220</sup>: “O juízo de verossimilhança é feito preventivamente, sobre as alegações, e não, sobre a prova, sem prejuízo do êxito dela. Podendo ocorrer que o juiz acredite serem verossímeis as afirmações da parte e, depois da produção da prova, convença-se do contrário.”

Havendo juízo de verossimilhança quanto às alegações do consumidor, configura-se a chamada prova de primeira aparência, prova *prima facie*, a qual deverá ser apresentada pelo litigante que, trazendo prova a ensejar aparência de veracidade a suas alegações, já não se sujeita ao insucesso da demanda pela frustração das provas.

Nas palavras de **MATOS**<sup>221</sup>,

“A inversão do ônus da prova distingue-se da prova ‘prima facie’ ou prova de primeira aparência. O elemento comum entre ambas é o grau de probabilidade da existência de um determinado fato. A diferença consiste em que, na inversão do ônus da prova, o juiz considera apresentada prova que

<sup>219</sup> NUNES, L. A. R. Ob. cit., p. 357.

<sup>220</sup> NOGUEIRA, T. L. T. *A Prova no Direito do Consumidor – O ônus da prova no Direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 100.

<sup>221</sup> MATOS, Cecília. *O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. 1993. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 110.

favorece, através da presunção, aquele que estava onerado, reclamando de seu adversário a prova contrária. Na prova 'prima facie', o ônus de provar não se desloca da pessoa que é favorecida, que deverá apresentar a prova de primeira aparência."

Com base nesta diferenciação é que PACÍFICO<sup>222</sup> menciona não ser a verossimilhança hipótese de inversão do encargo probatório, citando doutrina de WATANABE:

"(...) a bem na verdade, o primeiro desses pressupostos (a verossimilhança) não enseja a inversão do ônus da prova, na medida em que se situa na fase valorativa do juiz – e não na fase de julgamento propriamente dita. Nos comentários dos autores do anteprojeto do Código, KAZUO WATANABE explicitou esse entendimento, inclusive asseverando que a averiguação da verossimilhança se relaciona com a aplicação de regras de experiência: 'Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa LEO ROSENBERG, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite aquele também como existente, a menos que a parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.'"

MARTINS<sup>223</sup> traz exemplo de verossimilhança das alegações do autor em ação ajuizada com base em inquérito civil público<sup>224</sup>, caso em que a presunção de veracidade das alegações exsurge da petição inicial instruída com os documentos amealhados, ensejando a inversão do ônus da prova: "(...) o Inquérito Civil Público se destina à colheita de

<sup>222</sup> PACÍFICO, L. E. B. Ob. cit., p. 157-8.

<sup>223</sup> MARTINS, P. L. Ob. cit., p. 78.

<sup>224</sup> A Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer interesse difuso ou coletivo e por infração da ordem econômica (art. 1º), referindo em seu art. 8º que o Ministério Público poderá instaurar sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal (1988), tendo-se neste um instrumento de coleta e análise de elementos tendentes a formar convicção sobre a propositura da ação civil pública, com presunção de veracidade *iuris tantum*, conforme entendimento de MARTINS, P. L. Ob. cit., p. 77.

provas, tais como documentos, certidões, exames e laudos periciais, contendo elementos necessários da prova do dano e do nexo causal, comprovando a alegação verossímil do fato ajuizado.”

Com entendimento diverso, em verdadeira apologia aos fornecedores, ZENUN<sup>225</sup> manifesta aversão ao instrumento em defesa dos consumidores, não reconhecendo possível se ter por verossimilhanças as alegações do autor quando destituídas de elementos probatórios:

“ (...) esse item VIII do art. 6º do Código acrescenta ‘inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil’, o que constitui absurdo, pois o princípio geral está em que a prova cabe a quem alega, até ainda em benefício do próprio consumidor, que sabe aonde e de que maneira apresenta suas provas, as quais, se ficarem à mercê do fornecedor, poderão submergir. (...) as circunstâncias não são concluídas com cunho de verossímil numa simples petição, sem um mínimo de prova, tomando, sumariamente, medidas que redundam em prejuízo do fornecedor, causando-lhes danos irreparáveis pelo Juiz que, em muitos casos, estará vulnerando a norma resultante do art. 5º, LIV, da Constituição (...)”<sup>226</sup>

Quanto ao outro requisito, a hipossuficiência, diz com a caracterização do consumidor como parte com menor capacidade, seja no aspecto econômico-financeira, seja quanto à capacidade informativa. NERY JÚNIOR<sup>227</sup>, tendo como ampla a conceituação de hipossuficiência do consumidor, giza: “Como a inversão do ônus da prova se encontra ligada à idéia de ‘facilitação da defesa em Juízo’, a hipossuficiência de que fala o art. 6º, VIII, respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.”

No mesmo sentido, e diferenciando as características de hipossuficiência e vulnerabilidade, ALVIM<sup>228</sup> refere com propriedade:

<sup>225</sup> ZENUN, Augusto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 22.

<sup>226</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988), art. 5º: “LV- litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

<sup>227</sup> NERY JÚNIOR, N. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, jan./mar. 1991, p. 34.

<sup>228</sup> ALVIM, J. M. de A. (et. al.). Ob. cit., p. 69.

“Esta (a hipossuficiência) é característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis, vêem-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com frequência, ambas. Como já visto em comentários anteriores, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (*et. alii*, op. Cit., pp. 224 e 225) traça com precisão essa importante distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência: ‘A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobre, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – ou até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores.’”

NASCIMENTO<sup>229</sup>, esposando diverso entendimento, restringe o conceito de hipossuficiência ao aspecto econômico, afirmando estar preenchido o suporte da norma do art. 6º, VIII, da Lei n.º 8.078/90 se, aliada à incapacidade econômica houver dificuldade na produção de provas, afirmando: “(...) esta simples desqualificação econômica é, ao nosso sentir, insuficiente para produzir um efeito tão importante e decisivo como o da inversão do ônus da prova. A hipossuficiência só tem sentido para impor a inversão se, por si própria, cria dificuldades para a prova ser feita. (...) Se o fato pode ser provado por testemunhas, facilmente arroláveis, a hipossuficiência não é dado básico para a inversão.”

Tal exigência, ao nosso ver, faz inserir no preceito legal requisito ali não expresso, em prejuízo ao consumidor, o qual, por se configurar em exceção ao regime de proteção, é inadmissível.

Com análoga posição, SAAD<sup>230</sup> registra que, não trazendo a lei o conceito de hipossuficiente, assim deve ser caracterizado “(...) o cidadão impossibilitado de arrostar as despesas processuais, sob pena de sacrificar a própria subsistência e de seu grupo familiar.”

WATANABE, no mesmo norte, equipara os conceitos de hipossuficiente e necessitado, este inserido na Lei da Assistência Judiciária Gratuita (Lei n.º 1.060/50) - “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.” (art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 1.060/50), afirmando que

<sup>229</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 128.

<sup>230</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 154.

“O conceito de hipossuficiente é o constante do art. 2º, parág. único, da Lei 1.060/50. A suposição do legislador é a de que o consumidor hipossuficiente não terá condições de suportar os gastos com as provas. Bastaria que o consumidor fosse dispensado desses gastos para que ele, em semelhante situação, tivesse a proteção necessária. É o que o juiz fará na maioria dos casos, certamente, fazendo o fornecedor suportar as despesas com as provas, a menos que ocorra concomitantemente a hipótese de verossimilhança de sua versão.”<sup>231</sup>

É de se notar que o benefício da assistência judiciária gratuita compreende a isenção, entre outras despesas, dos honorários periciais (art. 3º, inciso V, Lei n.º 1.060/50), pelo que houve críticas<sup>232</sup> ao posicionamento do autor antes referido, o qual deixa dúvidas quanto à exigência concomitante dos fatores (hipossuficiência e verossimilhança), para ensejar a inversão do ônus da prova.

WATANABE<sup>233</sup>, posteriormente, alterou seu posicionamento, passando a considerar, não mais exclusivamente o aspecto econômico, mas o monopólio da informação pelo fornecedor e conseqüente dificuldade de acesso às informações sobre o produto/serviço pelo consumidor, exemplificando:

“Imaginemos um conflito de interesses entre o consumidor e a montadora de veículos, que diga respeito a vício de fabricação do veículo. A só demonstração, por exemplo, de que o veículo efetivamente apresenta defeito no motor poderá não ser bastante para o estabelecimento do juízo de verossimilhança quanto à alegação do consumidor de que é de fabricação o vício do veículo. Não se configurará, assim, a primeira situação prevista no dispositivo em análise. Se o consumidor é pessoa dotada de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência acima mencionada obrigaria o consumidor a assumir o ônus da prova. Não foi isso, evidentemente, que o legislador quis estabelecer. Numa relação de consumo como a mencionada, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da

<sup>231</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 494.

<sup>232</sup> GIDI, A. Ob. cit., p. 35.

<sup>233</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. *Código Brasileiro de defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 618.

técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independente de sua situação econômica.”

Com entendimento análogo, **CRUZ E TUCCI**<sup>234</sup> enfatiza:

“É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados. Ora, informação, na conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí porque, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carreando-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de fabricação.”

Via de regra, a hipossuficiência, especialmente a de natureza técnica, está configurada; em situações excepcionais afasta-se esta característica do consumidor, como quando, e.g., farmacêutico adquire medicamentos; advogado contrata serviços de outro profissional, etc.

Mostra-se, nesse item, pertinente a abordagem de **MOREIRA**<sup>235</sup>, o qual destaca outros fatores a serem sopesados quando da caracterização do consumidor como hipossuficiente: “Soa mais harmonioso com o sistema do Código e com os valores que ele pretende tutelar o entendimento de que a hipossuficiência do consumidor deve ser igualmente avaliada à luz de outros dados, como o seu grau de instrução, a natureza do serviço prestado ou do produto adquirido, as condições em que o fornecedor desempenha suas atividades (por exemplo, se em regime de monopólio), etc...”

Na hipossuficiência tem-se que, embora não haja sequer indícios do fato a ensejarem plausibilidade do alegado pelo consumidor, há obstáculos à prova deste fato, com dificuldade, por vezes intransponível, do consumidor em prová-lo. É o que bem se demonstra no exemplo de portador do vírus da AIDS que ajuíza ação aduzindo ter contraído a doença em determinado hospital, por meio de transfusão de sangue realizada nos anos 80; independente de sua condição financeira, terá ele dificuldade em carrear ao processo os

<sup>234</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Código do Consumidor e Processo Civil – Aspectos Polêmicos. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 671, set. 1991, p. 35.

<sup>235</sup> MOREIRA, C. R. B. O Processo Civil no Código do Consumidor. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul./set.1991, p. 143.

elementos probatórios a sustentar suas alegações (o médico que prescreveu a transfusão pode ter falecido, o consumidor talvez não tenha consigo documentos da prestação do serviço pelo hospital, já que a maioria das pessoas não tem hábito de guardar notas, faturas, recibos, etc.).

Trata-se de caso em que o requerido (hospital) apresenta melhores condições em relação ao autor (consumidor) de demonstrar a negativa do afirmado na inicial, podendo buscar em seus arquivos, usualmente nos quais se têm dados detalhados sobre os pacientes, prova, por exemplo, de que nenhuma das outras pessoas que fizeram uso do mesmo serviço, à época, tiveram registro da doença, que o autor se submeteu a posteriores transfusões em estabelecimentos de saúde diversos etc.<sup>236</sup>

Sintetizando o já afirmado se tem que, presentes qualquer desses requisitos, a verossimilhança da alegação feita pelo consumidor ou a condição de hipossuficiência deste, há justificativa legal para a determinação da modificação das regras quanto ao ônus da prova no processo civil, que, tal como na regra geral exposta no art. 333 do Código Processual Civil, não se restringe a qualquer elemento específico, incidindo sobre todas as provas relevantes ao feito – mesmo porque inexistente qualquer dispositivo legal que restringisse o benefício processual deferido ao consumidor.

Com fundamento em tais premissas, é que se afasta o entendimento doutrinário pelo qual a inversão do ônus probatório não se aplica ao elemento subjetivo (culpa) em relação à responsabilidade dos profissionais liberais<sup>237</sup>, bem como se refuta a não aplicação da regra disposta no art. 6º, inciso VIII, Lei n.º 8.078/90, que trata da inversão probatória, quanto à prova do dano, consoante opinião de MOREIRA<sup>238</sup>, trazendo exemplo a ilustrar seu posicionamento:

“O sucesso da iniciativa do consumidor dependerá (...) da prova do *dano*, em relação à qual, porém, *não cabe a inversão*: se a ordenasse, o juiz estaria presumindo a ocorrência do efetivo prejuízo, em atitude condenada pela doutrina e pelos tribunais, mesmo naquelas hipóteses em que se mostra difícil a demonstração das consequências do ato ilícito (*u.g.*: os bens do locatário de cofre, situado em estabelecimento bancário, foram subtraídos, sem que o contrato de locação, celebrado com o banco, os tivesse discriminado). Se indenizar significa recompor o patrimônio da vítima, na exata

<sup>236</sup> MOREIRA, C. R. B. *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun.1997, pp. 303-4.

<sup>237</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 50

<sup>238</sup> MOREIRA, C. R. B. *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun. 1997, pp. 308-9.



dimensão do que esta perdeu ou deixou de lucrar, qualquer acréscimo, que excedesse o valor necessário a esse restabelecimento, configuraria enriquecimento injustificado do consumidor.”

Em relação à hipótese acima, há que se referir incabível presunção de enriquecimento ilícito em detrimento do consumidor, parte vulnerável da relação de consumo, tendo-se verdadeiro impasse: ou se indenizaria o consumidor, com possibilidade deste vir a obter quantia superior ao valor efetivamente depositado, ou se negaria tal indenização, com enriquecimento injustificado do prestador de serviços, o banco, que não se desincumbiu a contento da guarda dos valores que lhe foram confiados. Ademais, quisesse o estabelecimento bancário acautelar-se deste tipo de situação, bastaria solicitar ao cliente declaração dos valores em depósito, a serem aceitas (ou não) pelo banco.

Como já afirmado, a regra do art. 6º, inciso VIII, Lei n.º 8.078/90 inverte as regras do ônus probatório estampadas no CPC (art. 333), normas de incidência a todos os fatos constitutivos do direito alegado pelo autor (consumidor), não se podendo, por conjecturas, restringir a aplicação de instrumento de defesa do consumidor.

Da mesma forma do que ocorre quanto às regras de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC), a inversão se dá quando do julgamento, configurando-se como regras de juízo, para os casos em que há dúvida do julgador, mesmo concluída a instrução do feito – “As regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo*. Orientam o juiz quando há um ‘non liquet’ em matéria de fato.”<sup>239</sup>

Havendo elementos de prova convincentes, o juiz decide conforme o convencimento deduzido do material probatório juntado ao feito, independentemente de quem o trouxe, autor ou réu. Na expressão de MIRANDA<sup>240</sup>,

“O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar

<sup>239</sup> GRINOVER, A. P. [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 494.

<sup>240</sup> MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV, 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 271.

em determinar a quem se carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado; ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (= negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do fato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu.”

Assim é que, especificamente nas relações de consumo, não tendo o julgador formado sua convicção após deferida oportunidade aos litigantes para apresentarem suas provas, tendo o consumidor como hipossuficiente ou como verossimilhante suas alegações, inverte-se, a favor deste, as regras de distribuição do ônus da prova, optando-se por onerar o fornecedor (via de regra integrando o pólo passivo da ação), e não o consumidor (na grande maioria das vezes, figurando como autor), pela ausência ou insuficiência de prova.

Os efeitos da inversão probatória no processo que aborde relação de consumo são trazidos, de forma minuciosa, descritos por MOREIRA<sup>241</sup>:

“(…) permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus de provar determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum; e se, de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato – apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor – não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a isenção de um ônus; (...)”

Quanto à constitucionalidade da norma a deferir situação mais favorável ao litigante consumidor, ALVIM<sup>242</sup> leciona:

“Tanto a inversão do ônus da prova facultativa (a critério do juiz), de que trata este art. 6º, como a inversão do ônus da prova obrigatória, consubstanciada no art. 38 deste Código, não são inconstitucionais por resultarem da aplicação do constitucional ‘princípio da isonomia’ (Constituição Federal de 1988, art. 5º, caput e inciso I) que significa

<sup>241</sup> MOREIRA, C. R. B. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun.1997, p. 296.

<sup>242</sup> ALVIM, J. M. de A. (et. al.). Ob. cit., p. 71.

tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Esta desigualdade entre consumidor e fornecedor decorre do próprio art. 4º, I, deste Código, ou seja, do 'princípio da vulnerabilidade do consumidor.'

Não obstante entender-se que a inversão da carga probatória tem seu momento quando do julgamento, já que considerada regra de julgamento para os casos em que "frustrada" a prova, valendo aqui o já registrado quando do exame do ônus da prova, "Ou seja, se prova há (foi produzida, não importando por quem, as regras do ônus da prova são totalmente desnecessárias. Provados os fatos (= demonstrada sua veracidade, o juiz tão-somente os adequará à norma jurídica pertinente. Mas, se prova não há (não foi produzida), necessário se torna que o sistema trace os princípios a serem trilhados pelo juiz para chegar à justa solução da demanda."<sup>243</sup>, mostra-se posicionamento diverso, com ponderáveis argumentos.

NOGUEIRA<sup>244</sup> menciona que, para que se preserve o direito de ampla defesa consagrado na Constituição Federal de 1988, a inversão do ônus da prova deverá ocorrer por decisão judicial proferida quando do despacho de recebimento da petição inicial ou quando prolatado o despacho saneador<sup>245</sup>. A autora<sup>246</sup> enfatiza que a petição inicial deveria conter pedido expresso do consumidor em relação à inversão do ônus da carga probatória, ao que o julgador, em sua primeira manifestação no processo, decidiria sobre o pedido, passível de recurso, inclusive pelo consumidor, se indeferido.

<sup>243</sup> ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Do Ônus da Prova**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 71, jul./set. 1993, pp. 51-2.

<sup>244</sup> NOGUEIRA, T. L. T. **A Prova no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 128

<sup>245</sup> O despacho saneador, com as alterações trazidas pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, é decisão no curso do processo pela qual o juiz, não verificando estar caracterizada hipótese de extinção do feito nem julgamento antecipado da lide, nem se tendo atingido conciliação entre os litigantes (versando o feito sobre direito disponível), fixará os pontos controvertidos a serem objeto de prova pelas partes, "decidirá questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário." (art. 331, Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973). Na doutrina de THEODORO JÚNIOR, Humberto (**Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 409 e 410): "O despacho saneador, portanto, passou a ser aquela decisão que o juiz profere, ao final das providências preliminares, para reconhecer que o processo está em ordem e que a fase probatória pode ser iniciada, eis que será possível o julgamento do mérito e, para tanto, haverá necessidade de prova oral ou pericial. Essa é a terceira e última modalidade de julgamento conforme o estado do processo (art. 331, § 2º). Na verdade, sem embargo da nomenclatura tradicional, não se trata de simples despacho, mas de verdadeira decisão interlocutória, que dá solução à questão do cabimento da tutela jurisdicional e da admissibilidade dos meios de prova a serem utilizados na fase de instrução do processo."

<sup>246</sup> NOGUEIRA, T. L. T. **Direitos Básicos do Consumidor: A Facilitação da Defesa dos Consumidores e a Inversão do Ônus da Prova**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 10, abril/jun. 1994, p. 59.

Contesta-se tal posicionamento, vez que sobre os fatos afirmados na petição inicial pelo autor da demanda poderá não incidir regra de distribuição do ônus da prova, como ocorre na hipótese de o fato restar incontroverso pela falta de impugnação pelo réu em sua resposta<sup>247</sup> ou pela própria confissão<sup>248</sup> do requerido, bem como se tais alegações restarem comprovadas no processo, casos em que não se aplicam as regras sobre o ônus da prova, pelo que sem sentido sua inversão<sup>249</sup>. Quanto à menção da autora de que a inversão do encargo probatório, em momento anterior à fase decisória, ensejaria rediscutir tal decisão em recurso, não se pode deixar de lembrar que o acesso ao sistema recursal é garantido tanto em decisão no curso do processo como em sentença final.

**NASCIMENTO**<sup>250</sup>, embora admita que a questão do ônus da prova diz com a ausência de provas no processo, referindo-se à regra da lei processual civil comum (art. 333, CPC), afirma:

“A inversão do ônus da prova altera todo este regramento, porque, inexistindo prova do fato constitutivo e de sua inocorrência, a decisão é contrária ao réu, que não tinha, originariamente, qualquer encargo no provar a inexistência do fato constitutivo. Essa alteração, por isso, deve ser oficializada e comunicada ao réu, o fornecedor, em tempo oportuno, para que ele possa apresentar prova que até então era desnecessária, como exercício da ampla defesa. Se tal inoquer, há ofensa, em relação ao fornecedor, à garantia constitucional da plenitude de defesa.”

No sentido de que a inversão do ônus da prova determinada quando do julgamento do feito acarretaria violação à plenitude de defesa, vez que as regras de repartição do ônus da prova traduzem regras de comportamento dirigidas aos litigantes, **MOREIRA**<sup>251</sup>, aludindo-se ao réu (requerido) no processo, assevera: “Se lhe foi transferido um

<sup>247</sup> CPC/73, “Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I- se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II- se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao Ministério Público.”

<sup>248</sup> CPC/73, “Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.”

<sup>249</sup> MOREIRA, C. R. B. *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun.1997, p. 305.

<sup>250</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 136-7.

<sup>251</sup> MOREIRA, C. R. B. *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun. 1997, p. 308.

ônus – que, para ele, não existia antes da adoção da medida – obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir.”

Com idêntico entendimento, **GIDI**<sup>252</sup>, distinguindo entre regras do ônus da prova, com natureza de regras de juízo, e regras de inversão do ônus da prova, que se caracterizariam como regras de atividade, refere que, invertendo na sentença o encargo probatório, o julgador atribuiria o ônus ao réu sem que este tivesse possibilidade de desincumbir-se do encargo, pelo que a inversão deve se dar quando do recebimento da inicial até a fase saneadora do feito, ao que a instrução do processo iniciaria “com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes.” Diz este autor que, configurada verossimilhança na fase decisória, o julgador, invertendo o ônus, deverá oportunizar ao requerido a produção de provas.

Em relação ao trazido por este autor, há que se notar ausência de qualquer argumento sustentável na diferenciação de regras do ônus da prova e regras de inversão deste mesmo ônus. Ademais, representadas as partes por profissionais do Direito, estão cientes acerca do ônus de afirmar e provar os fatos que embasam suas alegações, ou, no dizer de **MATOS**<sup>253</sup>:

“De acordo com o art. 6º, inc. VIII do CDC, o fornecedor tem ciência de que, em tese, serão invertidas as regras do ônus da prova se o juiz considerar como verossímeis as alegações dos consumidor ou se ele for hipossuficiente. Além disso, o fornecedor sabe que dispõe do material técnico sobre o produto e o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e litigante eventual. O fornecedor pode realizar todo e qualquer tipo de prova, dentre aquelas permitidas em lei, durante a instrução para afastar a pretensão do consumidor. Se o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.”

Quanto a hipótese, ventilada por Antonio Gidi, de, na fase decisória do processo, fixar-se prazo para que se dê “nova” oportunidade ao requerido

<sup>252</sup> GIDI, A. Ob. cit., pp. 38-9.

<sup>253</sup> MATOS, Cecília. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, jul./set. 1994, p. 167.

(fornecedor) de trazer ao feito elementos de convicção equivaleria ao julgador, predisposto a prolatar sentença em certo sentido, advertir a parte prejudicada sobre o resultado da demanda, possibilitando-lhe compensar a desídia do momento anterior, fase instrutória do processo, o que de todo inaceitável segundo as regras do procedimento.

**PACÍFICO**<sup>254</sup>, tendo por recomendável que o julgador, no momento da decisão saneadora, alerte os litigantes sobre a possibilidade de ser invertido a carga probatória do processo (notadamente nos casos em que não se apresente evidente a relação de consumo), traz os argumentos que se têm por capazes de afastar a alegação de violação a garantias processuais constitucionais, contraditório e ampla defesa<sup>255</sup>, ao referir:

“A partir do conteúdo da petição inicial – com a exposição da causa de pedir e do pedido – às partes envolvidas no processo é perfeitamente possível avaliar se há a possibilidade de aplicação das normas do Código do Consumidor ao caso concreto. Se a pretensão estiver fundada em relação de consumo, protagonizada por consumidor e fornecedor, expressamente conceituados pelo Código (arts. 2º e 3º da Lei n.º 8.078/90), este pode merecer incidência. Logicamente, a inversão do ônus da prova igualmente pode ser prevista, não implicando surpresa ou afronta aos citados princípios, caso efetivada. Durante o *iter* a parte não deve medir esforços para comprovar os fatos sobre os quais fundamenta suas pretensões e de demonstrar a inexistência dos fatos que favorecem a outra parte, a fim de maximizar a possibilidade de êxito. Como adverte BETTI, a atividade das partes no curso do processo é livre, mas a liberdade é acompanhada de auto-responsabilidade, diante do risco representando por conseqüências desvantajosas que podem advir de sua conduta incauta.”

Quanto ao momento processual em que cabível a inversão da carga probatória, bem salienta NUNES<sup>256</sup>, em citação a trecho do acórdão da Apelação Cível n.º 255.461-2, da Capital, julgada pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 6 de abril de 1995:

“(…) preceito algum determina que o citado artigo 6º, inciso VIII, só pode ser aplicado quando o Juiz, antes

<sup>254</sup> PACÍFICO, L. E. B. Ob. cit., p. 160.

<sup>255</sup> Art. 5º da Constituição Federal/88, inciso “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

<sup>256</sup> NUNES, L. A. R. Ob. cit., p. 342.

do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência. Segundo, porque se a inversão do ônus probatório, no caso do artigo 6º, inciso VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o Juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas, ao menos na maioria dos casos depende de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada.”

**MATOS**<sup>257</sup>, em dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de Kazuo Watanabe, intitulada “O Ônus da Prova no Direito do Consumidor”, defende que a inversão há que ocorrer no momento do julgamento, posicionamento que se adota no presente trabalho, questionando: “Por qual razão deveria o juiz determinar a inversão do ônus da prova se o autor vai comprovar seu direito ou se o réu irá apresentar prova em contrário? Por que prestigiar as simples alegações de uma parte em detrimento da outra, no início do feito, sem qualquer fundamento probatório, legal ou doutrinário? Por que inverter as fases do procedimento, onde a valoração e julgamento se antepõem mesmo à produção da prova?”

Face a sua natureza de norma de ordem pública, pertinente à proteção e defesa do consumidor (art. 1º, Lei n.º 8.078/90), a regra de inversão do ônus da prova poderá ser aplicada pelo juiz independentemente de requerimento do litigante consumidor. Acrescenta **MOREIRA**<sup>258</sup>, “Aliás, a interpretação em sentido oposto levaria ao absurdo de fazer crer que o Código, inovador em tantos passos, pela outorga de novos e expressivos poderes ao Juiz, teria, no particular, andado em marcha-ré, condicionando a inversão ao pedido da parte, em intempestiva – quase escrevo ‘póstuma’ – homenagem ao ‘princípio dispositivo.’”

Também por decorrência da natureza da norma de proteção ao consumidor, não se admite derrogação pelas partes, tendo-se por inválida convenção que inverta o ônus da prova em prejuízo do consumidor, consoante expressa disposição do inciso VI, art. 51, do CDC<sup>259</sup>.

<sup>257</sup> MATOS, C. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1993. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 221.

<sup>258</sup> MOREIRA, C. R. B. **Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun. 1997, p. 299.

<sup>259</sup> Lei n.º 8.078/90 (CDC), “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que (...) VI – estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;”

### 3.3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E OS REGIMES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO CDC

Exposto que a inversão do ônus probatório é técnica processual que busca minimizar o desequilíbrio entre os litigantes nas hipóteses em que frustrada a prova, garantindo a efetividade do sistema de proteção ao consumidor, tem-se a aplicação deste benefício em todos os regimes de responsabilidade.

A determinação do regime da responsabilidade, seja ele fundado na culpa (subjativa) ou no risco (objetiva), tem estreito relacionamento com a questão probatória, como bem salientado por DIAS<sup>260</sup>:

“(...) a variação dos sistemas de responsabilidade civil se prende precipuamente à questão da prova. Mais precisamente, ao problema da distribuição do ônus probatório, sendo rigorosamente exata a observação de Josserand, no sentido de que, numa época em que ‘o acidente se tornou anônimo, a concepção que se faz da natureza da responsabilidade reage poderosamente sobre a atribuição do fardo da prova, no curso da instância de indenização’, ao que acrescenta que as questões de prova são o centro em torno do qual têm gravitado os diferentes sistemas. Nenhum autor, aliás, procura disfarçar a importância desse aspecto do problema da responsabilidade civil, visto como em todos os casos duvidosos, que são mais numerosos do que se pensa, sucumbe a parte a quem toca a obrigação de provar.”

O autor acima citado, em referência a Josserand, menciona “(...) um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada; não ter direito, ou, tendo-o, ficar na responsabilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só.” Em nota de rodapé, acrescenta: “Não dizem outra coisa Mazeau et Mazeaud ‘...em muitos casos, pôr a prova a cargo da vítima é recusar-lhe qualquer reparação.’”<sup>261</sup>

Por outro lado, é necessário que se assente entendimento pelo qual, invertido o ônus probatório, não se tem, necessariamente, o êxito na demanda pelo consumidor. A exemplo, situação em que no processo existe, tão só, provas quanto ao fato de

<sup>260</sup> DIAS, J. de A. Ob. cit, p. 85.

<sup>261</sup> DIAS, J. de A. Idem, p. 86.



o fornecedor não ter colocado o produto no mercado, fato que diz com o nexo causal. Não reunida prova acerca de dano sofrido pelo consumidor nem do evento causador deste prejuízo, verificada a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas alegações, quanto a estes elementos, sobre os quais não se produziu prova, o juiz poderá inverter o ônus da prova. Contudo, havendo elementos dando conta da ausência do nexo causal, vez que não foi o requerido (fornecedor) quem introduziu o produto no mercado, impõe-se a improcedência do feito.

Na matéria, que suscita divergências doutrinárias infundáveis, merece registro a doutrina de ALVIM<sup>262</sup>:

“Se determinada pelo juiz a modificação do ônus da prova, quanto aos fatos que fundamentam a pretensão do consumidor, como, por exemplo, a existência de defeito no serviço prestado, cabe ao fornecedor a produção de prova que ateste a inexistência do defeito. A consequência mais importante desta circunstância está em que, mesmo que o consumidor não logre comprovar suas alegações, se o fornecedor não produzir a prova liberatória, ou seja, a comprovação de inexistência do defeito, assim mesmo deverá indenizar (desde que perdure, durante o processo, a verossimilhança das alegações iniciais do consumidor), o dano alegado. Tais regras quanto ao *onus probandi*, deverão ser aplicadas quer esteja o consumidor posicionado como autor no processo, quer figure como réu.”

Em síntese, dada a natureza processual das regras quanto à carga probatória e sua inversão, não obstante se tenha efeitos relevantes na configuração da relação jurídica a ser caracterizada em Juízo, não cabe restringir a aplicação deste instrumento de proteção ao consumidor a um dos regimes de responsabilidade, o qual permanecerá inalterado, ocorra ou não a incidência das regras quanto ao ônus probatório (ou sua inversão), o que bem se nota pela regra do art. 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.069/90 (CDC), como pela norma genérica do ônus da prova, inserido no capítulo VI do Título VIII – Do Procedimento Ordinário, art. 333 do Código de Processo Civil (1973).

---

<sup>262</sup> ALVIM, J. M. de A. (et. al.). Ob. cit., p. 48.

### 3.3.1. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Com base no conceito de ônus da prova já exposto, assevera-se que sua inversão é aplicável em qualquer dos regimes de responsabilidade trazidos pela Lei n.º 8.078/90, inclusive no regime de responsabilidade subjetiva, com incidência nos fatos dos serviços de profissionais liberais e quando estiver na relação jurídica de consumo, como fornecedora, empresa coligada (arts. 14, § 4º, e 28, § 4º, ambos do CDC).

**NERY JÚNIOR**<sup>263</sup> menciona o caráter excepcional da responsabilidade em se tratando de fornecedor profissional liberal, aplicando-se a estes a responsabilidade fundada na culpa, em desvio da regra geral de responsabilidade objetiva trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, “Entretanto, a ação de indenização seguirá o sistema do CDC, podendo ocorrer a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (...) A inversão do ônus da prova pode ocorrer em qualquer ação ajuizada com fundamento no Código, inclusive nas de indenização por fato do serviço dos profissionais liberais, cuja responsabilidade é subjetiva e aferível mediante culpa.”

No regime de responsabilidade subjetiva, com a aplicação do art. 6º, VIII, Código de Defesa do Consumidor, invertendo-se a carga probatória no processo, caberá à empresa coligada ou ao profissional liberal o resultado desfavorável em não se trazendo ao feito qualquer elemento de convicção. Contudo, dá-se a estes a possibilidade de realizarem prova quanto à inexistência do dano e do nexo causal entre o dano e a sua conduta, assim quanto à prova de ausência da culpa em seu procedimento. É a conclusão de **LÔBO**<sup>264</sup> que, referindo-se à situação dos profissionais liberais, destaca:

“A verificação da culpa do profissional liberal não significa ônus de prova para o consumidor, o que inviabilizaria a tutela legal. A regra do § 4º do art. 14 é compatível com o direito básico disposto no art. 6º, VIII, ambos do Código de Consumidor, no sentido de assegurar ao profissional o direito de provar que não teve culpa pelo defeito e danos alegados, configurando única inteligência possível com o princípio constitucional de proteção (art. 170, VI, da Constituição brasileira).”

<sup>263</sup> NERY JÚNIOR, N. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, jan./mar.1991, p. 32.

<sup>264</sup> LÔBO, P. L. N. Ob. cit., p. 165.

Harmônico ao entendimento, **BORTOWSKI**<sup>265</sup> acentua a incapacidade da inversão probatória em alterar do regime de responsabilidade, o qual permanece tendo como requisito característico a culpa que, sendo provada pelo consumidor (autor) ou tendo sua inexistência provada pelo fornecedor (via de regra, requerido) não dá margem à aplicação da norma prevista no inciso VIII do art. 6º, CDC, regra, como se enfatiza, restrita aos casos de “prova frustrada”:

“A circunstância de ter o legislador adotado a responsabilidade subjetiva no concernente ao fornecimento de serviços pelo profissional liberal não impede, a nosso Juízo, a inversão do ônus probatório. A uma, porque presentes os pressupostos do inc. VIII, do art. 6º, a inversão da distribuição da carga probatória, apenas obriga o profissional liberal a demonstrar que não laborou com culpa, em quaisquer das modalidades. Ora, esse procedimento não tira o caráter subjetivo da responsabilidade; apenas transfere o encargo ao próprio demandado. A ele caberá a demonstração de que não houve culpa.”

**BENJAMIN**<sup>266</sup>, no mesmo sentido, aponta que o único benefício deferido pelo legislador, aos serviços prestados por profissionais liberais, diz com o regime de responsabilidade (subjetiva); quanto ao demais, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor: “Não se introduz sua irresponsabilidade, limitando-se o dispositivo legal a afirmar que a apuração de responsabilidade far-se-á com base no sistema tradicional baseado em culpa. Só nisso são eles beneficiados. No mais, submetem-se, integralmente, ao traçado do Código.”

Em oposição, **NASCIMENTO**<sup>267</sup> restringe a inversão do ônus da prova aos elementos objetivos da responsabilidade (dano e nexa causal), afirmando não caber ao julgador inverter o encargo probatório com relação à culpa, inferindo, daí, que a aplicação do benefício processual implicaria mutação do regime de responsabilidade:

“O que se indaga é se o juiz pode inverter o ônus da prova quanto ao profissional liberal, dispensando o consumidor de comprovar a culpa e atribuindo ao profissional liberal o ônus de comprovar não ter agido com culpa. Entendemos que não, porque a responsabilidade subjetiva para ele é uma garantia, que

<sup>265</sup> BORTOWSKI, M. A. M. Ob. cit., p. 113.

<sup>266</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 79.

<sup>267</sup> NASCIMENTO, M. C. do. Ob. cit., p. 50.

o juiz não pode revogar. A lei dispôs expressamente e, por isso, é intocável por despacho judicial.”

Rebatendo, especificamente, os argumentos de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, MOREIRA<sup>268</sup> enfatiza:

“Tratando-se, porém, de hipótese de responsabilidade fundada na culpa, a inversão poderá beneficiar o consumidor seja em relação à prova do nexo causal, seja quanto à prova de ter o fornecedor agido de forma imprudente, negligente ou técnica. Não procede o argumento de que a inversão do ônus da prova da culpa converteria a responsabilidade subjetiva em objetiva, e, por isso, seria inadmissível: a responsabilidade, a despeito da inversão, continuará a ser subjetiva, tanto assim que a prova da ausência de culpa, se produzida pelo profissional liberal, levará ao julgamento de improcedência do pedido. Se a inversão tornasse objetiva a responsabilidade, a prova contrária seria de absoluta irrelevância.”

A endossar o entendimento de que a inversão do ônus da prova, tal como a regra de julgamento sobre o encargo probatório (art. 333, Código de Processo Civil), é aplicável, também, ao regime de responsabilidade subjetiva previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, se argúi que a hipótese da inversão do ônus da prova não acarreta revogação de garantia deferida em lei, mas implica tornar efetiva a proteção do consumidor em Juízo, assegurando-lhe a garantia legal na defesa de seus direitos por meio do instrumento da inversão do ônus da prova, nos casos em que verificada a presença de quaisquer dos requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor) previstos no art. 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90.

O regime de responsabilidade permanece intocado, tendo-se apreciação da culpa do fornecedor, elemento que, em se tratando de responsabilidade objetiva, fundada no risco, é totalmente indiferente, alheio, à demanda.

Paralela à questão da aplicação da inversão probatória nos feitos em que incide o regime de responsabilidade do fornecedor fundada na culpa (responsabilidade

<sup>268</sup> MOREIRA, C. R. B. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun.1997, p. 308, sendo que, pelo contexto da frase, dá-se a inversão probatória quanto à prova de ter o fornecedor agido de forma imprudente, negligente ou atécnica

subjetiva), tem-se falta de clareza quanto aos conceitos de inversão probatória e culpa aferida por presunções<sup>269</sup>.

**FREITAS**<sup>270</sup> reporta-se à inversão do ônus da prova como fator de mutação do regime de responsabilidade que, de responsabilidade fundada na culpa presumida passaria à responsabilidade fundada no risco: “De qualquer forma, a melhor solução engendrada pela doutrina, na falta de norma expressa de objetivação da responsabilidade civil, fora a presunção da culpa do agente, resultando daí a inversão do ônus da prova para o próprio agente, que deveria buscar uma das causas eximentes da responsabilização (culpa exclusiva da vítima ou terceiro, caso fortuito ou força maior).”

Tem-se que o entendimento acima exposto é aplicável às presunções legais de culpa que tenham natureza absoluta, nas quais não se admite prova em contrário, ou seja, presume-se, de forma irrefragável, a culpa do agente causador do dano, seja qual for o comportamento, tendo-se a discussão sobre o elemento culpa como imprópria à demanda, identificando-se com a responsabilidade de natureza objetiva, fundada no risco, como bem apontado por parte da doutrina, registrando-se o posicionamento de Alvino Lima, já referido neste estudo.

Em suma, a objetivação da responsabilidade civil só ocorre em se tratando de presunção absoluta, presunções *juris et de jure*, pelas quais a culpa alegada é tida como verdade incontestável, sobre a qual descabe prova contrária, sendo seu liame com o ônus da prova adiante analisado.

Diferentemente, a demanda envolvendo responsabilidade subjetiva com presunção relativa de culpa não afasta a discussão sobre este elemento que, tal como a conduta, o dano e o nexo causal, há de ser apreciado pelo julgador, cabendo ao requerido a prova de que seu comportamento não pode ser tachado de imprudente, negligente ou atécnico.

No entender de **RODRIGUES** a culpa presumida é hipótese de situação em que configurada a inversão do encargo probatório, asseverando este autor que “As presunções de culpa, ou mesmo as chamadas presunções de responsabilidade, têm por escopo precípua a reversão do ônus da prova. Em vez de a vítima ter que provar a culpa do agente

<sup>269</sup> As presunções, modos de se deduzir, a partir de fatos conhecidos, fatos desconhecidos, são classificadas em presunções naturais e presunções legais. As presunções naturais são as regras de experiência de que trata o art. 335 do Código de Processo Civil (1973), ou seja, os conhecimentos adquiridos com a vivência, apreendidos com base no que normalmente acontece na vida quotidiana. Já, as presunções legais, de que se trata no texto, dividem-se em absolutas (*juris et de jure*) e relativas (ou *juris tantum*); as primeiras não admitem prova em contrário, tendo-se uma verdade formal absoluta, as segundas aceitam prova contrária.

<sup>270</sup> FREITAS, A. de O. Ob. cit., p. 106.

causador do dano, é este quem deverá provar a sua não-culpa ou a existência de uma excludente de responsabilidade.”<sup>271</sup>

Com idêntico entendimento, DINIZ<sup>272</sup> refere:

“Na *responsabilidade subjetiva* o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de *bonus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo, se se provar que houve dolo ou culpa na ação. Sua responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Será direta, quando o agente responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida, operando-se, consequentemente, a inversão do *onus provandi*.”

Sublinha-se, como já referido anteriormente, que a presunção de culpa foi meio de que se utilizou a doutrina e a jurisprudência para facilitar a configuração da conduta imprudente, negligente ou imperita do agente causador do dano.

Na hipótese de responsabilidade fundada na culpa, em que esta vem, de forma absoluta, presumida – presunção *jure et de juris* – tem-se, em verdade, aplicado regime da responsabilidade objetiva, já que a conduta culposa será, necessariamente, deduzida do comportamento do agente causador do dano, seja qual for este proceder, pelo que se examina os efeitos da inversão do ônus da prova no seguimento deste estudo, quando abordada a responsabilidade fundada no risco (objetiva).

Já, em relação à presunção de culpa relativa, *iuris tantum*, não acarreta ela inversão do ônus da prova nos termos do benefício processual ao consumidor previsto no art. 6º, inciso VIII, CDC.

A presunção relativa de culpa do agente causador do dano mantém, uma vez frustrada a prova, com o autor (consumidor) a incumbência de comprovar os demais elementos configuradores da responsabilidade, como o nexo causal entre o comportamento do agente e o dano, em aplicação da regra processual (art. 333, Código de Processo Civil).

Distintamente, em considerando o julgador verossímil as alegações do consumidor, segundo as regras de experiência (presunções legais, art. 335, CPC), ou tendo o consumidor como hipossuficiente, transfere-se ao requerido o resultado

<sup>271</sup> RODRIGUES, S. Ob. cit., p. 152.

<sup>272</sup> DINIZ, M. H. Ob. cit., p. 50 (sem grifo no original).

desfavorável no processo em não se tem elementos de convicção do julgador, mesmo que não tenha o consumidor feito prova de nenhum dos pressupostos da responsabilidade.

Assim, apresenta-se a inversão do ônus da prova - em compatibilidade com sua natureza instrumental em benefício ao consumidor -, com maior amplitude, abrangendo todos os elementos da responsabilidade, enquanto que a presunção de culpa, como o próprio nome diz, restringe-se a um único pressuposto da responsabilidade, o elemento moral, a culpa.

NASCIMENTO<sup>273</sup> trata como sinônimas as expressões “responsabilidade por culpa presumida” e “inversão do ônus da prova da culpa”, referindo serem estas hipóteses “em que a excludência da responsabilidade depende, em tese, do agente comprovar que não agiu com culpa.” Ressalta-se, em relação a esta assertiva, estar a inversão do encargo probatório condicionada aos requisitos de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor; o regime de responsabilidade por culpa presumida, ao contrário, não se sujeita a qualquer destes requisitos.

Ainda, a regra de inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, é aplicável, unicamente nos casos em que, encerrada a fase instrutória do processo, não restaram coligidos aos autos elementos de convicção do magistrado, fazendo o julgador uso de tais regras como único meio de se evitar a denegação da Justiça; enquanto que a responsabilidade por culpa presumida é regime de responsabilidade construído pela doutrina e jurisprudência, a fim de ajustar as normas a casos concretos em que inviabilizada a configuração da culpa do agente segundo os moldes tradicionais, pelo que se tem por inadequada a equiparação dos conceitos.

LÔBO<sup>274</sup>, ao comentar a inversão da carga probatória refere ser esta obrigatória nos casos de responsabilidade subjetiva em que ocorrente presunção de culpa, assim como na responsabilidade fundada no risco:

“O Código do Consumidor, no art. 6º, VIII, elevou a inversão do ônus da prova a direito básico do consumidor, positivando o princípio em regra geral e estruturante, a que se subordina qualquer operação hermenêutica. De um modo geral, o juiz poderá determiná-lo, mesmo quando não seja exigível, sempre que se convencer da verossimilhança das alegações do consumidor. Porém, deixa de depender do convencimento do juiz, tornando-se obrigatório,

<sup>273</sup> NASCIMENTO, T. M. C. do. Ob. cit., p. 44.

<sup>274</sup> LÔBO, P. L. N. Ob. cit., p. 163.

quando resultar de responsabilidade por culpa presumida ou de responsabilidade objetiva.”

Quanto ao posicionamento do autor citado, ratifica-se o expendido quanto às distinções entre os dois conceitos, acrescentando-se que, com exceção do art. 38 da Lei n.º 8.078/90 (responsabilidade do patrocinador de informação ou comunicação publicitária), segundo o qual a inversão não vem condicionada a nenhum pressuposto, toda modificação do ônus probatório deferida, com base na regra geral prevista no inciso VIII, art. 6º, do CDC, há de ter fundamento na situação de hipossuficiência do consumidor ou de verossimilhança do alegado pelo consumidor, condições estas expressas na norma, inexistindo qual preceito legal que autorize a dispensa da verificação destes requisitos, seja qual for o regime de responsabilidade aplicável no caso.

### **3.3.2. INVERSÃO DA CARGA PROBATÓRIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA**

O Código de Defesa do Consumidor, inovando no regime de responsabilidade, traz como regra às relações de consumo, a responsabilidade fundada no risco, responsabilidade objetiva, na qual descabida a averiguação de comportamento culposo (imprudente, negligente ou imperito) pelo causador do dano.

Aliado a este regime de responsabilidade que retira um requisito para a caracterização da responsabilidade do causador do dano (até então, além de se comprovar a conduta, o nexo de imputação entre certa pessoa e o fato danoso; o vínculo causal entre a conduta e o dano; a efetiva ocorrência de prejuízo, tinha o prejudicado de comprovar a culpa), o legislador implantou a inversão do ônus da prova, como forma processual de auxiliar a vítima no êxito da demanda em situações em que esta figure como consumidor hipossuficiente ou tenha apresentado alegações verossímeis, com aparência de veracidade.

Do exposto, tem-se por plausível inferir que o regime de responsabilidade objetiva, regra geral nas relações de consumo, não implica em, automática, inversão do ônus da prova.



A aceitar-se que a responsabilidade objetiva conduz, necessariamente, à alteração das regras do encargo probatório, não haveria motivação para que o legislador dispusesse no rol de direitos do consumidor, como instrumento explícito na defesa de direitos, a inversão, que serviria, tão-só, para as exceções, ou seja, para as situações em que aplicável o regime da responsabilidade subjetiva, como são os fatos decorrentes de serviços prestados por profissionais liberais e a responsabilidade das sociedades coligadas (arts. 14, § 4º, e 28, § 4º, ambos da Lei n.º 8.078/90). Por certo, fosse aplicável tal inversão em caráter excepcional não estaria integrada a norma junto às disposições gerais dos Direitos dos Consumidores (Capítulo I, Título I, CDC).

Ademais, giza-se que a inversão do ônus probatório vem condicionada à verificação da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança do alegado por ele, enquanto o regime da responsabilidade objetiva incide na relação jurídica de consumo, independentemente da presença de tais requisitos, bastando que não se enquadre nas situações excepcionais de serviços prestados por profissionais liberais ou da responsabilidade de empresa coligada.

Confundindo o regime de responsabilidade incidente nas relações de consumo, **SIMARDI**, em comentário à acórdão, registra: “De outra parte, a responsabilidade do fabricante, pelo risco criado, é sempre objetiva, ocorrendo a inversão do ônus da prova processual.”<sup>275</sup>

Como exposto, não se tem, sempre e sempre, na responsabilidade objetiva, a inversão do encargo probatório, sendo que esta regra de julgamento, na hipótese de frustração da prova, só ocorre mediante presença de requisitos específicos expressamente incluídos no inciso VIII do art. 6º, Lei n.º 8.078/90.

Abordando o assunto, **MELLO**<sup>276</sup> argumenta que descabe confundir responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova; aquele é regime de responsabilidade pelo qual o dano e o nexo de causalidade devem ser comprovados, inequivocamente, pelo autor da demanda (consumidor), prescindindo-se de demonstração quanto ao elemento subjetivo (culpa). A inversão do encargo probatório, distintamente, será determinada pelo julgador quando, presentes os requisitos de hipossuficiência do consumidor e verossimilhança da alegação, resta dificultada ao consumidor a realização da prova, tal como se dá, por exemplo, nos casos de danos por ingestão de alimentos contaminados, em que o produto, consumido, desaparece.

<sup>275</sup> SIMARDI, C. Ob. cit., p. 252.

<sup>276</sup> MELLO, H. C. V. de. Ob. cit., p. 64.

Ao se referir aos efeitos da inversão do ônus probatório em se tratando de regime da responsabilidade objetiva, MOREIRA<sup>277</sup> aponta:

“No sistema do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do fornecedor é, em regra, objetiva (arts. 12 a 14). E, por exceção, subjetiva (art. 14, § 4º). No primeiro caso, a inversão aliviará o consumidor do ônus da prova do nexo causal; não há que cogitar, porém, de inversão do ônus da prova da culpa, pois esta representa elemento *estranho* à responsabilidade objetiva, sendo totalmente inútil a demonstração, pelo fornecedor, de que sua conduta foi cautelosa, diligente ou afinada com as normas técnicas de profissão.”

NOGUEIRA<sup>278</sup>, com entendimento análogo, afirma: “(...) nas relações de consumo, vige o regime da responsabilidade objetiva, restando ao consumidor provar o dano, o nexo de causalidade entre a utilização, ou aquisição ou a simples exposição ao produto ou serviço e o evento danoso, mas em sendo invertido o ônus da prova, provará só o dano, uma vez que a prova da não ocorrência do nexo causal, caberá ao fornecedor.”

A tais comentários entende-se oportuno contrapor o argumento, já referido, de que a inversão do ônus da prova não se restringe a determinado elemento configurador da responsabilidade. A inversão do encargo probatório aplica-se, indistintamente, a todos os requisitos da responsabilidade civil, pelo que, aplicando-se a regra insculpida no inciso VIII do art. 6º, Lei n.º 8.078/90, não se inverte, exclusivamente, o nexo causal ou, tão-só, o dano.

Este instrumento em defesa dos direitos do consumidor (inversão do encargo probatório) se opera nos casos em que não comprovada a existência, nem comprovada a inexistência, dos requisitos da responsabilidade civil, quando será o fornecedor (réu) quem sofrerá as conseqüências pela não formação de convencimento do julgador, e não o consumidor (autor), o qual não realizou a prova do elemento constitutivo do direito alegado. Em nada se provando no decurso do processo e, invertido o encargo probatório em favor do consumidor (autor), caberá a procedência do pedido, não obstante o consumidor não tenha trazido ao feito qualquer elemento probatório a comprovar o dano.

<sup>277</sup> MOREIRA, C. R. B. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, abr./jun.1997, p. 308 (grifo nosso).

<sup>278</sup> NOGUEIRA, T. L. T. A Prova no Direito do Consumidor. Curitiba: Juruá. 1999, p. 53.

**MARÇAL**<sup>279</sup>, referindo ser a inversão do encargo probatório um dos principais mecanismos processuais à responsabilização do fornecedor trazido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), dentre outros como a desconsideração da pessoa jurídica e os prazos alargados da decadência e prescrição, questiona: “Quando se fala em responsabilidade objetiva, tem-se em mente a desnecessidade de se perquirir a culpa do agente causador do dano. Assim, qual seria a prova cujo ônus de produção pode ser invertido?”

**BENJAMIN**<sup>280</sup> aclarando a confusão em que inseridos os conceitos de responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova, responde:

“A alteração da sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha que provar. Ao contrário, cabe-lhe o ônus da prova quanto ao dano e ao nexo de causalidade entre o produto ou serviço. Lembre-se, contudo, que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando ‘for verossímil a alegação ou quando o consumidor for ‘hipossuficiente’, sempre de acordo com ‘as regras ordinárias de experiência’ (art. 6º, VIII).”

**NÉRY JÚNIOR**<sup>281</sup>, com propriedade, ressalta:

“O fato de a regra geral do Código ser a da responsabilidade objetiva do fornecedor, isto não quer significar procedência automática do pedido indenizatório, pois devem estar demonstrados nos autos o dano e a relação de causalidade para que a pretensão seja acolhida. O consumidor deverá provar o dano e a relação de causalidade, podendo ser favorecido com a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) a critério do Juiz.”

Na hipótese em que invertido o encargo probatório, mesmo que não logre o consumidor reunir elementos a formar a convicção do julgador, e não havendo provas a afastar a responsabilidade do fornecedor (requerido), caberá a indenização/reparação ao consumidor, parte vulnerável na relação de consumo.

<sup>279</sup> MARÇAL, S. P. *Código de Defesa do Consumidor: Definições, Princípios e o Tratamento da Responsabilidade Civil*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, abril/jun. 1993, p.107.

<sup>280</sup> OLIVEIRA, J. (Coord.). Ob. cit., p. 59.

<sup>281</sup> NÉRY JÚNIOR, N. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, jan./mar.1991, p. 31-2.

#### IV. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS LITÍGIOS DE CONSUMO - ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

As inovações legislativas nem sempre são seguidas da imediata desvinculação de modelos antigos, especialmente em se tratando de responsabilidade civil, na qual o elemento culpa encontra-se tradicionalmente associado à matéria.

Assim é que se vê, não obstante transcorridos dez anos da edição da lei especial a regular as relações de consumo, certa hesitação em proclamar a responsabilidade do fornecedor, independente de qualquer menção a ato negligente, imprudente ou imperito, havendo, vez por outra, aliada à fundamentação pertinente à responsabilidade fundada no risco, menção à culpa do fornecedor.

De outro ângulo, se percebe alguma reticência na aplicação da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90, com certa falta de clareza quanto a seus efeitos nos regimes de responsabilidade, bem como nos casos em que necessária sua aplicação.

##### 4.1. DECISÕES JURISPRUDENCIAIS COMENTADAS

Passa-se à análise de algumas decisões jurisprudenciais, seguidas de comentários acerca da aplicação do novo instrumento processual de defesa do consumidor – inversão do encargo probatório – frente aos regimes de responsabilidade.

Inicia-se pelo exame da Apelação n.º 65.112-3, julgada em 17 de agosto de 1999, pela 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, tendo como relator o Desembargador Atapoã da Costa Feliz<sup>282</sup>, na qual se tem *sub judice* a seguinte situação de fato: motorista de um ônibus de transporte coletivo urbano, quando determinada passageira descia do veículo, colocou-o em movimento, ocasionando queda da vítima com amputação de uma de suas pernas.

---

<sup>282</sup> O acórdão, na íntegra, encontra-se no anexo I deste trabalho.

A passageira, ante o grave dano sofrido, ajuizou ação de reparação, tendo a sentença, com fundamento na culpa do motorista do coletivo – o qual agiu de forma imprudente, desatento na condução do veículo, vindo a parar o ônibus em local de difícil locomoção, especialmente tratando-se a passageira de pessoa de idade avançada – deferido o ressarcimento pelas despesas com o tratamento, pensão no valor de um salário mínimo, até a data em que a vítima completar sessenta e cinco anos de idade, e reparação pelos danos morais.

Embora a conclusão do acórdão tenha favorecido a vítima, mantendo a sentença que lhe concedia verbas reparatórias, surge como admirável ter-se apreciado questão envolvendo uma passageira de ônibus coletivo e o fornecedor do serviço de transporte, sem que, uma só vez, se tivesse mencionado qualquer dos elementos da relação de consumo, embora sobejamente configurados, com a presença de uma pessoa física que utilizava serviço como destinatária final (art. 2º, Lei n. 8.078/90 - CDC), além de que fora ela vítima do evento (art. 17, CDC); uma pessoa jurídica a prestar serviços de transporte (art. 3º, CDC), realizando atividade, fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (art. 3º, § 2º, CDC).

Nota-se que sequer o evento foi tipificado como “fato do serviço” (acidente de consumo).

A fundamentação do julgamento baseou-se, em sua integralidade, na conduta culposa do motorista do veículo, sendo enquadrado tal comportamento na modalidade de imprudência:

“O conjunto probatório indica que o acidente ocorreu por imprudência do motorista do ônibus que olvidou-se das cautelas necessárias à segurança de seus passageiros, e não se atentou quanto à existência de pessoas que ainda não tinham efetivado o desembarque por completo, antes de movimentar o veículo. (...)”

“Ademais, é de se ressaltar que, caso o evento tivesse ocorrido da maneira narrada pela ocupante do pólo passivo, ou seja, de que em razão da grande quantidade de lama existente no local a autora teria escorregado e caído debaixo do ônibus, após sua descida, seria inequívoca também a culpa do condutor do veículo, demonstrando estar desatento, e agindo com imprudência, uma vez que deveria ter se utilizado de redobradas cautelas, pois iminente era o perigo de dano com o lamaçal ali existente, ainda mais quando o passageiro consistia em pessoa de idade avançada, que

certamente possui maiores dificuldades de locomoção. “Deveria ele ter parado o coletivo em local próximo do ponto de parada que estivesse em melhores condições para o acesso e descida de passageiros do coletivo.

“Deve-se destacar ainda que, sendo o ônibus veículo coletivo, pesado e longo, devem os motoristas conduzi-lo com o máximo de cuidado para evitar sinistros como o semelhante ao dos autos.”<sup>283</sup> (sem grifo no original).

Não obstante toda a demonstração acerca do elemento culposo a qualificar a conduta do motorista do ônibus, o art. 14 da Lei n.º 8.078/90 é incisivo ao determinar a responsabilidade, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, retirando o requisito culpa da responsabilidade do fornecedor, o que torna despicienda o questionamento acerca da imprudência do condutor do veículo.

Na situação em apreço, não havia maior dificuldade em precisar o nexo causal entre a conduta do fornecedor de serviço de transporte e o evento danoso, acidente que acarretou a amputação do membro inferior da vítima, pelo que imperiosa a procedência do pedido da consumidora, resultado a que se chegou, contudo, passando pelo exame da conduta culposa do agente causador do dano, elemento estranho à matéria, regradada por disciplinamento próprio e específico, Lei n.º 8.078/90.

Em outra manifestação dos Tribunais pátrios sobre a Lei n.º 8.078/90, destaca-se o acórdão de lavra do Juiz Oscarino Moeller, proferido em 28 de março de 2000, na apreciação do Agravo de Instrumento n.º 908.896.6, junto à 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo<sup>284</sup>, quando se discutiu o conceito de hipossuficiência do consumidor, como um dos requisitos à inversão do ônus da prova.

Trata-se de ação de prestação de contas movida por um correntista, o qual discorda do saldo devedor registrado em contrato de abertura de crédito – cheque especial – o valor apontado como saldo devedor pela entidade financeira seria superior ao devido, requerendo prova pericial.

No limiar da fase instrutória do feito, o julgador deferiu o pedido de perícia contábil, determinando ao autor que recolhesse o valor dos honorários

<sup>283</sup> Jurisprudência Geral Civil – TJSM. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 771, já./2000, p. 329.

<sup>284</sup> V. acórdão, na íntegra, junto ao anexo II deste trabalho.

periciais, ao que este requereu a aplicação da inversão do ônus da prova, com a finalidade de imputar ao banco o adiantamento das despesas com a realização da perícia.

Indeferido o pedido, o autor apresentou recurso, agravo de instrumento, tendo o Tribunal de Justiça mantido a decisão judicial, tratando como sinônimas as expressões necessitado (art. 2º da Lei n.º 1.060/50, que trata da Assistência Judiciária Gratuita) e hipossuficiente, fazendo constar na ementa do acórdão: “PROVA – Inversão do ônus – Ações que envolvem relações de consumo – Admissibilidade desde que seja verossímil a alegação do direito ou quando for o consumidor hipossuficiente – Circunstância que não se verifica com o beneficiário de cheque especial, ato negocial que exige posicionamento econômico mínimo.

De início, cabe ressaltar que o processo encontrava-se no início da fase instrutória - o julgador admitira requerimento de prova pericial feito pelo autor (consumidor) -, com o que inoportuna manifestação judicial sobre a inversão das regras do ônus probatório. Se, vindo aos autos a perícia contábil, o julgador formasse seu convencimento, com base em tal prova é que decidiria a demanda, tornando despicienda a decisão sobre a distribuição do encargo probatório; ao contrário, se mesmo concluída a instrução do processo, restasse o julgador sem convencimento sobre a procedência/improcedência do pedido do autor (consumidor), é que caberia avaliar a pertinência (ou não) da inversão do ônus da prova.

Sob diferente aspecto, ressalta-se não estar solidificado o conceito de hipossuficiente, como requisito à inversão do encargo probatório, tendo-se decisões, como a citada, na qual se identifica o necessitado, beneficiário da assistência judiciária gratuita, com o consumidor hipossuficiente, restringindo-se tal conceito à mera hipossuficiência econômica, com o que o simples fato de possuir o consumidor “cheque especial” foi suficiente para que não se lhe outorgasse o benefício processual.

O acórdão também refere que, para o esclarecimento da matéria sobre a qual versava o feito, se faziam necessários aprofundados conhecimentos técnicos, tendo-se, inclusive, determinado prova pericial por contabilista, com o que bem evidenciado que, salvo hipótese de o autor (consumidor) ser administrador ou contabilista, estaria ele em flagrante desvantagem técnica frente ao estabelecimento bancário (fornecedor), tendo-se situação de hipossuficiência técnica que justificaria a inversão do ônus da prova.

A hipossuficiência exigida pelo inciso VIII, art. 6º, da Lei n.º 8.078/90 como um dos requisitos alternativos para inversão do ônus probatório, conforme posicionamento doutrinário majoritário, ao qual nos filiamos, pode dar-se em relação à

dificuldade técnica do consumidor em desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.

No acórdão há expressa menção, afastando a verossimilhança das alegações do autor (consumidor) de que “O direito não é verossímil, eis que estamos apenas diante de fatos alegados, mas sem especificação detalhada dos enganos existentes, não demonstrados *ictu oculi*, tanto que necessária perícia contábil para formar convicção a respeito do verdadeiro posicionamento contratual das partes, a que se soma o reconhecimento do débito, e, pois, seu inadimplemento, pelo agravante, apenas discutindo-se o *quantum debeatur*.”<sup>285</sup>, donde se permite inferir que a hipossuficiência técnica do autor (expressamente reconhecida na decisão) é que o impediu de especificar, em detalhes, os equívocos no cálculo do débito por parte do banco credor.

Ademais, como já referido quando abordado o ônus da prova sob enfoque legal e doutrinário, não seria lógico que o legislador desse ao hipossuficiente conotação meramente econômica, equiparando-o ao necessitado, em razão da maior dificuldade deste em suportar os gastos processuais.

O necessitado não precisaria de um novo benefício processual - a inversão do ônus da prova -, já lhe tendo sido outorgado o benefício da assistência judiciária gratuita, que abarca as despesas do processo, inclusive no que pertine ao ônus pericial, nos termos do inciso V do art. 3º, Lei n.º 1.060/50<sup>286</sup>.

Seguindo-se na incursão jurisprudencial, examina-se o acórdão de n.º 96.012572-8, prolatado em recurso de Apelação, com origem na Capital deste Estado, pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 15 de outubro de 1998, relator Des. Pedro Manoel Abreu<sup>287</sup>.

Versa este feito sobre contrato de seguro estipulado entre duas pessoas jurídicas de direito privado: uma industrializadora de arroz e a empresa seguradora, pelo qual ficava garantido imóvel de propriedade da primeira.

Advindo forte vendaval, houve a destruição parcial de um galpão da empresa industrializadora, ao que, acionada a seguradora, esta recusou-se a indenizar os danos, alegando que o fato ocorrera devido à má conservação do imóvel, e não

<sup>285</sup> Jurisprudência Geral Civil – 1ª TACivSP. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 781, pp. 273-5, nov./2000.

<sup>286</sup> Lei n.º 1.060/50, de 5.2.50, “Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: (...) V – dos honorários dos advogados e peritos.”

<sup>287</sup> O acórdão, na íntegra, encontra-se no anexo III deste trabalho.



da ação dos ventos. Ingressando em juízo, a empresa de industrialização de arroz obteve êxito na demanda.

Irresignada com a sentença, a empresa seguradora apresentou recurso de apelação, quando o Tribunal de Justiça, mantendo a sentença do magistrado, achou por bem fundamentar o acórdão no Código de Defesa do Consumidor, enfatizando a inversão do ônus da prova e, também no Código Civil. Lê-se na ementa:

“Seguro catástrofe. Vendaval. Dúvida acerca da configuração da situação de risco. Inversão do onus probandi. Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII). Recurso desprovido.

“A teor do art. 1.460 do Código Civil brasileiro, quando a apólice limitar ou particularizar os riscos de seguro, não responderá por outros o segurador, regra roborada pelos arts. 1.432 e 1.458 do mesmo Codex. No entanto, havendo dúvidas acerca da configuração de situações que dão ensejo à proteção securitária, opera-se a inversão do onus probandi, como preconiza o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inc. VIII.

“O dever precípua da instituição de seguro é o de prestar a garantia de que, havendo o sinistro, pagará o valor da indenização. Se a Seguradora não comparecer com esta obrigação, o contrato não será bilateral nem oneroso, haverá apenas a obrigação unilateral do segurado em pagar o prêmio.” (Cf. Munir Karam, VII Fórum Jurídico do Seguro Privado. Itapema, 1997, p. 13/4).”<sup>288</sup>

Pela ementa, existem dúvidas sobre a ocorrência de fato a ensejar a proteção securitária, o que, tendo-se a autora (pessoa jurídica, Afonso da Silva Indústria e Comércio de Arroz Ltda.) como consumidora – não obstante se pudesse alegar que, em relação do objeto segurado, um galpão, o custo do seguro seria repassado quando da comercialização do arroz, pelo que não se adequaria a empresa como destinatária final, nos termos do art. 3º, Lei n.º 8.078/90 (CDC) -, caberia a incidência da regra de inversão da carga probatória.

Contudo, no corpo do acórdão, qualifica-se como “incontroversa a existência de cobertura dos canos oriundos de vendaval (fl. 13), ressaindo dos autos que esta foi a causa da ruína. Malgrado a ré afirme que o desmoronamento independera da atuação de forças

<sup>288</sup> Endereço Eletrônico: [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br).

exógenas, a prova testemunhal revela-se absolutamente coesa, sendo uníssonas as declarações, no sentido de assinalar a ocorrência de forte ventania quando do evento danoso.”

Mais adiante, em referência à alegação de cerceamento de defesa feita pela empresa seguradora, lê-se na decisão: “(...) não se há de reputar coartados os meios defensórios quando já defluírem do processo elementos bastantes à convicção do sentenciante.” Tal conclusão, acerca da suficiência da prova amealhada ao feito, em apoio à versão da autora, para o julgamento, é, ainda extraída dos depoimentos testemunhais referidos na decisão, que denotam não ser este caso de “prova frustrada”, em que incidiriam as regras de julgamento do art. 333 do Código de Processo Civil ou as regras do art. 6º, VIII, da Lei n.º 8.078/90, mediante apuração da verossimilhança do alegado ou da hipossuficiência do consumidor.

Cabe realçar, assim, a inconveniência da aplicação das regras de inversão probatório, regras de julgamento a serem utilizadas nas hipóteses em que frustrada a prova, sendo que, em havendo elementos probatórios suficientes a comprovar as alegações do autor ou do réu, com base neles é que será proferida a sentença.

Na decisão, o requisito ensejador da incidência de regras do Código de Defesa do Consumidor, invertendo-se o encargo probatório da lide, é a hipossuficiência, definida como “disparidade de forças entre a seguradora e o segurado”.

Contudo, não há elementos no feito que permitam extrair tal conclusão, nada existindo quanto à precariedade das condições da empresa-autora, pelo que não se trata de hipossuficiência econômica; por outro lado, nada se vê a justificar se considere ser esta tecnicamente hipossuficiente, notadamente, se considerarmos que, à interpretação do contrato de seguro, não se exige conhecimentos aprofundados e que a empresa-autora, por certo, há de contar com assistência jurídica.

Parece-nos que, aqui, houve confusão entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, os quais não se identificam. Como já visto, a hipossuficiência apresenta um *plus* em relação à vulnerabilidade, sendo esta característica de todo consumidor, não dispondo ele de controle sobre os bens oferecidos no mercado, conforme enunciado no art. 4º, inciso I, CDC<sup>289</sup>. Já, a hipossuficiência leva em conta as condições específicas do autor-consumidor que tem intensificada sua fraqueza ante o

---

<sup>289</sup> Lei n.º 8.078/90 – CDC, “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

fornecedor em razão de carência de recursos materiais ou recursos técnicos, o que não restou demonstrado no feito, ao que se vê do acórdão.

Em suma, anota-se que, na hipótese, tendo-se robusta prova a embasar o pedido da autora, não cabe aplicação da regra de julgamento exposta como instrumento de defesa do consumidor (art. 6º, inciso VIII, Lei n.º 8.078/90); ademais, mesmo que se tivesse frente a caso de frustração da prova (não tendo as partes nada juntado aos autos em apoio às suas alegações), se teria de apreciar a condição da autora como destinatária final e, caracterizada esta como consumidora, verificar da ocorrência da verossimilhança do afirmado na inicial, já que não se tem por verificada a hipossuficiência, seja econômica seja técnica, da empresa-autora.

Como quarto precedente jurisprudencial a ser analisado, tem-se acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado de Santa Catarina, na apelação n.º 96.000738-5, de São Lourenço do Oeste, cujo relator foi o Desembargador Cláudio Barreto Dutra<sup>290</sup>, tendo-se lavrado a seguinte ementa:

“Indenização – Lide intentada contra o fabricante e a ministrante de produtos dermatológicos – Aplicação indicada por revendedora, em decorrência da qual resultaram lesões no rosto da paciente – Dano estético – Dúvida quanto à correta utilização – Prova em sentido contrário – Situação a que se expõe o fabricante por força da atividade que explora – Garantia assegurada ao consumidor à vista do risco, confiando na qualidade e efeitos das substâncias – Propaganda dirigida ao mercado para fins de venda e obtenção de lucro – Conflito de interesses – Direito previsto constitucionalmente e regulamentado a partir da edição da Lei n. 8.078/90 – Responsabilidade do laboratório irretorquível, a quem cumpria o ônus da prova, por inversão – Artigos 159 e 1.522, combinado com 1.521, inciso III do Código Civil – Dano moral – Cumulação prevista na Súmula 37 do S. T. J. – Sentença confirmada – Desprovidimento do recurso.”<sup>291</sup>

Do relato do feito tem-se a seguinte situação: após contatar com revendedora de certa marca de cosméticos, passou a fazer uso de cremes e outros produtos, todos indicados pela vendedora. Passados alguns dias, surgiram espinhas no rosto da consumidora, ao que esta, diante da afirmativa da revendedora de que a reação era normal, manteve a aplicação dos cremes, restando esta com lesões na face em decorrência do processo infeccioso desencadeado, ao que cessou o uso dos produtos.

<sup>290</sup> Disponível em: < [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) >. Acesso em 17 jan. 2000.

<sup>291</sup> V. acórdão, na íntegra, junto ao anexo IV deste trabalho.

Para a cicatrização das lesões, a revendedora dos produtos recomendou a utilização de pomada, ao que, não logrando recuperação, a vítima procurou auxílio médico, tendo ajuizado o feito em razão de que lhe foi negada qualquer indenização pelos danos sofridos.

O julgador da Comarca, diante de prova documental e pericial, reconheceu a procedência dos pedidos, de dano moral e patrimonial, feitos pela autora, condenando ao pagamento da indenização a fabricante e a revendedora dos produtos, tendo estes apresentado recurso ao Tribunal de Justiça do Estado.

Registra-se, no caso, a ocorrência de acidente de consumo, atingindo a incolumidade física da vítima que, mediante o uso de cosmético, teve lesões no rosto, tendo-se referência expressa no corpo do acórdão de que: “A aplicação dos cosméticos fabricados pelo Laboratório Chemist constitui, portanto, questão pacífica, vez que além de não ter sido negado pela revendedora (pessoa que os indicou e aplicou, fl. 79), tal afirmação foi corroborada por três das quatro testemunhas ouvidas em Juízo.”

E, mais adiante: “Foi a matéria debatida à saciedade, porquanto as provas, mormente a fotográfica e a pericial, tornam induvidosa a lesão que acometeu a região facial da apelada”. (...) O liame entre o efeito lesivo e a ação da primeira demandada restou incontroverso.”

Assim, devidamente comprovados os elementos da responsabilidade civil, não há falar em inversão do ônus da prova, devendo o julgador fazer uso das provas do processo, e não das regras de julgamento que servem como subterfúgio exatamente nas situações em que aquelas não restaram levadas ao feito, a fim de garantir que o juiz não proferirá julgamento arbitrário nem deixará desamparado o jurisdicionado, sujeito ao monopólio da jurisdição.

Na apreciação desta lide, houve juntada de provas convincentes sobre o direito da autora (consumidora) em ter indenizado os prejuízos sofridos com a utilização do produto, pelo que, quando do julgamento tinha-se mais do que a verossimilhança, mais do que a probabilidade, tinha-se o convencimento sobre o fato e suas circunstâncias, estando presentes os três elementos básicos da responsabilidade.

O dano foi retratado pela prova pericial e fotográfica, restando cabalmente comprovado; a conduta dos requeridos (pessoas que desenvolviam atividade de produção e comercialização dos produtos), foi admitida por estes, com o que não deixou de ser matéria objeto de prova, tipificando-se como fato incontroverso, sobre o qual não se exige

prova, nos termos do art. 334, inciso III, do Código de Processo Civil <sup>292</sup>; o nexo causal foi comprovado, tendo-se vínculo de causa e efeito entre o uso dos produtos e as lesões faciais, pelo que dispensável a utilização das regras quanto ao encargo probatório tendo a autora juntado ao processo elementos de convencimento sobre o que alegara na petição inicial.

Ainda, giza-se que, embora se tenha considerado a incidência do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se o regime de responsabilidade objetiva no caso em análise, incluiu-se no acórdão referência ao regime da responsabilidade fundada na culpa, aludindo-se ao art. 159 do Código Civil <sup>293</sup>, dispositivo legal inaplicável ao caso, em face do regramento especial trazido pelo CDC, que, como lei especial e mais recente, afasta, em se tratando de relação de consumo, a incidência daquelas normas genéricas sobre a responsabilidade civil, as quais inserem a culpa dentre os requisitos da responsabilidade.

Sublinha-se, que o Código Civil, por seus arts. 1.521, inciso III, e 1.522 <sup>294</sup>, serviu, também, para fundamentar a responsabilidade da empresa fabricante, tendo-se esta como responsável pelos atos de seus prepostos (revendedora), quando responde ela pela sua própria condição de fabricante do produto, inserindo cosméticos no mercado de consumo, estando, assim, caracterizada como fornecedora, nos termos do art. 3º do CDC, mesmo que inexistisse qualquer liame entre sua atividade e a da pessoa que comercializou os produtos à consumidora.

Por fim, menciona o acórdão a existência de vínculo obrigacional entre o fornecedor e a consumidora, o que de todo prescindível, á luz do conceito amplo trazido pelo art. 17 da lei n.º 8.078/90 <sup>295</sup> (CDC), pelo qual, mesmo que não estivesse a autora na condição de adquirente do produto (tivesse acesso ao cosmético por ter sido com ele presenteada, por exemplo), sua posição de vítima pelo fato do produto, ou seja, vítima do acidente de consumo, daria a esta a qualificação de consumidora.

---

<sup>292</sup> Código de Processo Civil (1973): “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: (...) III – admitidos, no processo, como incontroversos; (...)”

<sup>293</sup> Código Civil Brasileiro (CCB, 1916), “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

<sup>294</sup> CCB (1916), “Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).” Art. 1.522. “A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, n. III, abrange as pessoas jurídicas que exercerem exploração industrial.”

<sup>295</sup> Lei n.º 8.078/90, “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

O quinto aresto que se colaciona neste trabalho refere-se a danos, morais e patrimoniais, com origem no extravio de bagagem ocorrida em viagem internacional, sendo que a empresa transportadora ressarciu os passageiros em valor fixado em convenção internacional, dito por estes como inferior à cobrir os prejuízos, tendo o Juiz de Direito julgado improcedente, em parte, o pedido e, assim, condenando a ré pela indenização, tão-só, por telefonemas que os autores teriam feito em razão do fato.

Inconformados com a sentença, os autores apresentaram recurso de apelação, sob número 98.008188-2, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual foi examinado pela 4ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Pedro Manoel Abreu<sup>296</sup>.

A relação de consumo entre as parte é manifesta, tendo-se a presença do consumidor, a fazer uso de serviço de transporte aéreo internacional; do fornecedor, pessoa jurídica privada nacional que, com profissionalismo, desenvolve atividade de prestação de serviço; e do próprio serviço, a atividade, fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, pelo que afastada a incidência de lei geral e anterior (Convenção de Varsóvia) pela lei de ordem pública e natureza social, específica à matéria, posterior e incompatível<sup>297</sup> com a convenção internacional, que é a Lei n.º 8.078/90.

Assim foi reconhecido na ementa do acórdão, com propriedade:

“A Convenção de Varsóvia continua vigente, exceto no tocante à responsabilidade civil, matéria esta que foi regulada, nas relações de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor.

“A Convenção de Varsóvia, como todas as outras normas que fazem parte do ordenamento nacional, sofre o controle de constitucionalidade. O CDC, quando em conflito com a Convenção, sobre ela tem prevalência, tendo em vista ser lei hierarquicamente superior (editada nos termos do art. 5º, inc. XXXII da Constituição Federal), especial (regulando toda relação de consumo) e posterior (editada em 11/09/90 e com vigência em 13/03/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931).”

<sup>296</sup> Disponível em: <[www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)>. Acesso em 20 jan. 2000.

<sup>297</sup> Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (...)”

Acerca da imputação da conduta à empresa aérea, bem como do dano (perda de objetos pessoais em razão do extravio de bagagens), não pairam dúvidas, restando incontroversos tais requisitos. A vinculação entre o proceder da prestadora do serviço e o dano (nexo causal) vem bem justificada pela teoria da causalidade adequada, segundo os ensinamentos do Prof. Fernando Noronha, com o que se conclui pela responsabilidade da requerida, fixada no art. 20 da Lei n.º 8.078/90 (CDC), o qual rege os casos de o defeito do serviço violar a incolumidade patrimonial do consumidor, denominada responsabilidade pelo vício do serviço.

A precisão técnica, contudo, não foi seguida na abordagem da inversão do encargo probatório, segundo nosso entendimento.

Reiterando manifestação anterior do mesmo Tribunal de Justiça, não obstante provados, à sociedade, os elementos da responsabilidade – “O fato (extravio da bagagem) e o dano (perda de documentos e material pessoal) são alegados pelos autores sem contraposição da apelada. (...) o fato, dentro desse quadro, era previsível, sendo possível antever-se a probabilidade do dano, pela ineficiência do serviço, e nessas circunstâncias, impõe-se a reparação, eis que demonstrados os requisitos configuradores da culpa objetiva.”, leia-se responsabilidade objetiva – ainda assim, mencionou-se o instrumento processual do inciso VIII, art. 6º, Lei n.º 8.078/90 para garantir o direito dos usuários do serviço de transporte.

Ademais, a aplicação deste instrumento de defesa do consumidor veio tratado sem qualquer referência à hipossuficiência do autor (consumidor) ou à verossimilhança do alegado por ele, tendo-se como aplicável de forma automática, em razão da natureza do feito, versando relação de consumo – “em se tratando de direito do consumidor, inverte-se o ônus da prova.”

Como já referido a inversão do encargo probatório é regra de julgamento, incidente nas hipóteses de frustração da prova - não atingindo esta sua finalidade, formar o convencimento do julgador -, e quando, segundo as regras ordinárias da experiência, for a parte (consumidor) hipossuficiente ou quando, embora não se tenha provas que dêem conta da veracidade do alegado, as afirmações do consumidor tenham aparência, semelhança, com alegações verdadeiras.

Em havendo provas a dar sustentação à versão da parte, como no caso em análise, qualificam-se os fatos alegados pelo consumidor como verdadeiros, e não com aparência de verdadeiros, aplicando-se, a partir de tais fatos, as normas jurídicas a ele pertinentes, sem que haja espaço para averiguação de qual dos litigantes cabia trazer provas ao processo.

O sexto e último acórdão que se menciona no trabalho, a fim de se demonstrar o enfoque jurisprudencial acerca dos regimes de responsabilidade e a inversão do ônus da prova nas lides de consumo, é identificado como Apelação n.º 47.706 (88.079031-7)<sup>298</sup>, sendo esta decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua Câmara Cível Especial, cujo relator foi o Desembargador Solon d'Eça Neves, com a seguinte ementa:

“Apelação Cível — Ação Declaratória de Inexistência de Obrigação Cambial — Serviço de conserto de veículo — Defeito apresentado que obrigou o cliente a procurar outra reparadora para ter seu veículo em condições de uso — Prova de má utilização que cabe ao prestador de serviço — Princípio de inversão da prova do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC) — Prova inexistente — Demonstração de prejuízo pelo consumidor — Procedência do pedido — Sentença mantida — Recurso desprovido.”<sup>299</sup>

Trata-se de situação em que pessoa jurídica proprietária de veículo automotor teve insatisfeita suas expectativas em relação a serviço prestado por empresa do ramo, vez que, dias após o conserto, a camioneta da autora voltou a apresentar o problema mecânico que ensejou a busca do serviço.

Dessa forma, a proprietária do veículo deixou de efetuar o pagamento de título de crédito, ensejando que a concessionária protestasse a duplicata no valor dos serviços prestados, tendo a primeira ajuizado ação cautelar de sustação de protesto, tendo, no processo, advindo sentença de procedência, declarando-se inexistente a obrigação cambial, ao que a prestadora do serviço apresentou recurso de apelação, o qual restou indeferido.

No feito não houve maiores questionamentos sobre a caracterização da relação de consumo, embora se tratasse a autora de pessoa jurídica voltada ao comércio de piscinas e representação comercial, atividade realizada, via de regra, com o uso de veículo automotor, pelo que se ventila a hipótese de a camioneta da empresa (na qual se realizaram os serviços da requerida) fosse utilizada na exploração do comércio, com o que restaria, sob nosso entendimento, afastada sua qualidade de consumidora, vez que não seria a

<sup>298</sup> Acórdão, em sua íntegra, junto ao anexo VI.

<sup>299</sup> Disponível em: <[www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)>. Acesso em 24 jan. 2000.



“destinatária final”, no sentido econômico, do serviço, cujos custos seriam repassados ao mercado de consumo, via clientes.

Por outro lado, apresenta o acórdão menção sobre a “Demonstração de prejuízo pelo consumidor”, verificando-se, de igual forma, que o serviço, realizado pela empresa prestadora do serviço, apresentava vício de qualidade (“...não há a menor dúvida que o serviço prestado pela apelante, e que o foi de maneira irregular, insuficiente e de má qualidade ...”) com o que reunidos elementos probatórios dos três requisitos da responsabilidade civil, conduta da requerida, o nexo de causalidade, e o dano.

Sublinha-se que o vício de qualidade na prestação do serviço, atingindo a incolumidade econômico-financeira da autora (consumidora), é designado pela doutrina como incidente de consumo, sendo regrado pelo art. 20 da Lei n.º 8.078/90<sup>300</sup>, e não pelo art. 12 da mesma lei, que trata de vícios de segurança relativos a produtos, em violação à integridade física e psíquica do consumidor, equivocando-se o acórdão ao mencionar este último preceito como embasamento legal da decisão:

“Fixada a responsabilidade da apelante na prestação imprópria do serviço, de aplicar-se a teoria da responsabilidade civil objetiva adotada pelo CPDC no seu artigo 12, conforme se deflui dos princípios contidos a partir dos arts. 1º a 7º, tornando viável a presente para a proteção incondicionada daqueles que são, segundo o CPDC, sempre vulneráveis (consumidor), viabilizando responsabilizar o fornecedor e o mau prestador de serviços, para alcançar-se o fim precípua da lei.”

Na seqüência do *decisum*, menciona-se alegação, pela requerida, de fato que retiraria o nexo de causalidade entre o serviço prestado e o prejuízo da consumidora, tendo a prestadora do serviço afirmado que o defeito deveu-se ao abastecimento do veículo em postos de combustível onde não existentes filtros nas bombas.

O alegado pela prestadora de serviços, de que o problema mecânico do veículo teve origem em outro fato que não o vício de qualidade do serviço, afastaria um dos pressupostos da responsabilidade - o nexo causal -, pelo que se enquadra no conceito de fato impeditivo do direito do autor.

<sup>300</sup> Lei n.º 8.078/90, CDC “Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária, (...)”

E, inexistindo qualquer elemento probatório de tal alegação, esta não poderá ser reconhecida, já que é ônus do requerido comprová-lo, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC<sup>301</sup>, regra processual genérica, aplicável às lides de consumo, afastada, apenas, nas hipóteses em que verificada a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança das alegações deste, a critério do julgador, consoante inciso VIII, do art. 6º, CDC.

Do já exposto, ressumbra patente que a inversão probatória, regra de julgamento para os casos em que não angariada prova suficiente a ratificar o afirmado no processo (sendo que no caso em exame há referência de provas a sustentar as alegações da autora, consumidora), é sujeita a requisitos, apurados conforme as regras de experiência do julgador, não se tratando de benefício outorgado pela simples verificação da relação de consumo.

A lei submete a pressupostos a inversão do encargo probatório, os quais vêm expressamente consignados no art. 6º, inciso VIII, Lei n.º 8.078/90, tendo-se por temeroso afirmar, como o foi no acórdão, que

“O princípio consagrado na lei instrumental é que o ônus da prova cabe a quem invoca a prestação jurisdicional (art. 333, CPC), no entanto, tal princípio não se aplica às relações de consumo e prestação de serviços, cujo ônus é deslocado ao fornecedor e aos prestadores de serviço, para melhor velar pelos direitos do consumidor. Claro resta que fora das relações de consumo, o princípio do art. 333, CPC, continua hígido, mas nas relações de consumo, repito, a inversão é imperativo da lei”

Merece registro, por se enquadrar no entendimento acima exposto, que a norma do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor não se sujeita a requisitos a serem apurados na atuação discricionária do julgador, o que se vê da simples interpretação literal do dispositivo – “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” - , pelo que a doutrina a qualifica como *ope legis*, aplicando-se a inversão do encargo probatório por força da lei.

Contudo, esta norma refere-se, especificamente, à publicidade, estando inserida no Título I – Dos Direitos do Consumidor, Capítulo V – Das Práticas

---

<sup>301</sup> Código de Processo Civil, “Art. 333. O ônus da prova incumbe: (...) II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Comerciais, Seção III – Da Publicidade, não podendo ser aplicada em matéria de responsabilidade, seara onde incidem as disposições gerais sobre os direitos básicos do consumidor (art. 6º, CDC).

Desse modo, é inarredável a conclusão de que a decisão citada no acórdão como um de seus fundamentos não tem aplicação no caso em julgamento, referindo-se à hipótese de propaganda enganosa, matéria em que “O ônus da prova da veracidade da correção da informação cabe a quem os patrocina, sendo independente sua atribuição da discricionariedade do juiz.” (TJSC – 9ª Câmara, rel. Des. Aldo Magalhães, j. em 06.04.1995 1.911/222-j, de 09.09.95).”

#### **4.2. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A INVERSÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÓTICA DOS TRIBUNAIS**

Da apreciação das decisões dos Tribunais permite-se concluir que, tendo-se um disciplinamento todo específico de proteção ao consumidor, a Lei n.º 8.078/90 (CDC), houve uma maior preocupação em resguardar os direitos desta parte vulnerável da relação de consumo. Não obstante, inovações trazidos por este disciplinamento, até então, não foram devidamente introduzidas nos velhos esquemas – como por exemplo na relação culpa-responsabilidade, a qual, em alguns julgados, é ainda referida, embora bem caracterizada a relação de consumo entre as partes.

Observa-se, do mesmo modo, a aplicação, indiscriminada, do instrumento processual da inversão do encargo probatório, mesmo sem a devida motivação acerca da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança das alegações, como se a modificação do ônus da prova não estivesse sujeita a tais requisitos, expressos no inc. VIII, art. 6º, Lei n.º 8.078/90 (CDC).

A subverter o instrumento de defesa do consumidor inscrito no inc. VIII, art. 6º, Lei n.º 8.078/90 (CDC), tem-se, ainda, a inversão do ônus da prova quando as provas dos autos dão conta, plenamente, de ratificar o alegado pelo litigante, sendo suficientes a embasar o convencimento do julgador. Nessa hipótese, cabível a apreciação do feito segundo as provas produzidas e a convicção que delas extraiu.

Prescindível a invocação de inversão do encargo probatório, benefício processual a ser utilizado quando, após a fase instrutória, tem o juiz incertezas que impossibilitam o julgamento, ao que, considerando ele verossimilhante as alegações do consumidor ou ser este hipossuficiente, poderá inverter o encargo probatório, fazendo com que o fornecedor sofra as conseqüências de sua dúvida, não solvida pelos litigantes. Não se vê razão para prestigiar as alegações de uma das partes, em detrimento de outra, com base em instituto processual alheio à verdade fática, quando se tem elementos probatórios a comprovar a ocorrência (ou inoccorrência) do fato.

Em síntese, as regras do ônus da prova, assim como as de sua inversão, não têm por fim a formação do convencimento do julgador, e sim para fixar qual dos litigantes (autor ou réu) arcará com a ausência ou insuficiência de elementos de prova no feito.

Assinala-se, ainda, as poucas decisões sobre a matéria (inversão do ônus da prova e responsabilidade civil nas lides de consumo), sem que se lograsse êxito em localizar decisão acerca dos efeitos da inversão do encargo probatório sobre os regimes de responsabilidade instituídos na Lei n.º 8.078/90. Contudo, pela análise jurisprudencial efetivada, receia-se sobrevenham decisões (ao nosso ver) equivocadas, afirmando que a responsabilidade subjetiva transmuda-se em responsabilidade objetiva com a inversão do ônus da prova, ou que a responsabilidade na qual se presume a culpa implica, necessariamente, modificação das regras de distribuição do encargo probatório.

Reafirma-se, nestas considerações finais, a natureza processual da inversão do ônus da prova, sendo que, aplicado em regime de responsabilidade subjetiva não altera o fundamento desta responsabilidade (culpa), vindo, tão-só, a possibilitar que o requerido (fornecedor) seja a parte a arcar com o resultado desfavorável do processo, no qual não se logrou reunir elementos de prova capazes de convencer o julgador.

Quanto á afirmativa de que, em regime de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa resta imperativa a inversão do ônus da prova, não se olvide que este mecanismo de defesa do consumidor exige para sua incidência requisitos específicos estampados no inciso VIII do art. 6º, Lei n.º 8.078/90, verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. Além disso, com a inversão do encargo probatório, o consumidor não verá improcedente seu pedido por ausência ou insuficiência de prova no processo, situação que poderá ocorrer na hipótese de presunção da culpa, quando os demais requisitos da responsabilidade têm sua prova a encargo do autor (consumidor), vez que elementos constitutivos do direito alegado (art. 333, CPC).

Finaliza-se apontando que, embora haja, em sua grande maioria, resultados favoráveis aos consumidores nas demandas judiciais, é necessária maior perspicácia sobre este conjunto de normas a regular as relações de consumo, em razão de ter a Lei n. 8.078/90 (CDC) se afastado de conceitos até então vigentes (responsabilidade contratual/extracontratual, culpa etc.), o que enseja uma certa imprecisão vocabular e inadequação no preenchimento do suporte fático de institutos trazidos com o regramento, já em vigência há dez anos.

## CONCLUSÃO

Ao término desta dissertação reafirma-se o propósito nuclear de identificar a dissimilitude entre os regimes de responsabilidade e a inversão do ônus probatório, bem como a decorrente incapacidade deste instrumento de proteção ao consumidor em modificar o regime da responsabilidade civil, de subjetiva (baseada na culpa) a objetiva (com fundamento no risco), incidente sobre determinado evento, sublinhando-se as seguintes considerações:

1. Reconhecendo-se que, na contraposição de interesses, o predominante deve ser o do consumidor, vez que destituído ele de qualquer ingerência no processo de produção/distribuição dos bens e serviços disponíveis no mercado, inseriu-se na Constituição Federal Brasileira de 1988, normas definindo a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica do país (art. 170, inciso V, CF/88), cabendo ao Estado promover, em lei, tal proteção (art. 5º, inciso XXXII, CF/88 e art. 48, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da CF/88).

Na criação da lei de proteção ao consumidor, Lei n.º 8.078, de 12 de setembro de 1990, teve participação marcante a comissão instituída pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), a qual contou com renomados juristas brasileiros, tendo sido apresentado anteprojeto de lei, ao qual se seguiram substitutivos e propostas de emendas, ao lado de outros projetos legislativos, até que, por unanimidade junto às casas legislativas federais do país, restou aprovado o texto de lei conhecido como Código de Defesa do Consumidor.

2. Com a edição da Lei n.º 8.078/90 (CDC), configurada relação jurídica de consumo, com a presença de um consumidor, um fornecedor e um bem caracterizado como produto ou serviço, arreda-se a incidência de qualquer outra lei que tenha normas incompatíveis com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo os demais regramentos jurídicos, a exemplo do Código Civil (1916) e do Código Comercial Brasileiro (1850), aplicados em caráter subsidiário e no que não afrontarem as normas e princípios do CDC.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90 – CDC) alterou, profundamente, o tratamento legal do consumidor que, figura merecedora de conceituação legal (arts. 2º, 17 e 29, Lei n.º 8.078/90), passou a ter a seu alcance ampliado, não mais se restringindo ao contratante, pelo que a relação jurídica de consumo há que ser

considerada sua dimensão obrigacional, não se restringindo às hipóteses em que existente contrato entre as partes, incluindo-se, ainda, neste peculiar relação jurídica as obrigações oriundas de declaração unilateral de vontade e a responsabilidade por fato ou vício do produto/serviço.

3. No sistema de proteção específico e condizente com a peculiar vulnerabilidade do consumidor no mercado trazido pela Lei n.º 8.078/90, tem-se quatro diferentes conceituações para este integrante das relações jurídicas de consumo.

Nos termos do art. 2º, tem-se o consumidor *stricto sensu*, ou seja, toda pessoa, física ou jurídica, que adquira ou utilize produtos/serviços como destinatário final, entendendo-se destinação fática e econômica, o que ensejaria restrição do conceitos defendida pelos defensores da concepção finalista de consumidor. Ao contrário, os maximalistas defendem ampliação do conceito de consumidor, pelo que a destinação final refere-se à destinação fática, ou seja, basta que o adquirente retire o bem/serviço do mercado de consumo.

Equipara-se a consumidor, nos termos do parágrafo único do art. 2º, Lei n.º 8.078/90 (CDC), a coletividade de pessoas, embora não identificadas, que tenham intervenção nas relações de consumo. Já, pelo art. 17 do CDC, confere-se proteção a todas as vítimas do fato do produto ou do serviço, abrangendo-se os terceiros alheios à relação contratual. Ainda, dispõe o art. 29 da Lei n.º 8.078/90 (CDC) serem tidos como consumidores todas as pessoas expostas às práticas comerciais, como oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, bancos de dados e cadastros de consumidores.

4. Segundo prescreve o art. 3º da Lei n.º 8.078/90, fornecedor é a pessoa, física ou jurídica, de natureza pública – seja integrante da Administração direta, Administração indireta, ou empresa concessionária/permissionária de serviço público - ou privada, nacional ou estrangeira, ou ente despersonalizado, que, de forma organizada e habitual, com profissionalismo, participa da cadeia produtiva, contribuindo para que determinado produto/serviço seja oferecido no mercado de consumo.

5. A relação jurídica de consumo exige, para sua configuração, ao lado do consumidor e do fornecedor, um produto ou serviço, tendo-se como produto todo bem, seja ele classificado como móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, §1º, Lei n.º 8.078/90).

Nos termos do § 2º, art. 3º, Lei n.º 8.078/90 (CDC), serviço é a atividade remunerada disponibilizada no mercado de consumo, abrangendo os serviços de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária, além dos serviços públicos prestados em

caráter individual e remunerados por tarifas, diferenciando-se o consumidor do contribuinte. Quanto à remuneração dos serviços, não necessariamente há que ser direta e efetiva, podendo vir ela incluída no preço do produto ou serviço.

Com base na exclusão das atividades prestadas em relação trabalhista é que acresce ao requisito remuneratório para caracterizar um serviço, a autonomia da atividade, ou seja, a atividade, além de remunerada deverá ser prestada de forma autônoma, sem subordinação, tal como se dá nas empreitadas. Ademais, quanto às relações empregatícias tem-se lei especial, específica à atividade prestada com subordinação, incidindo nelas a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT- 1943).

6. Examinando-se a responsabilidade civil, com vistas a introduzirmos a responsabilidade civil no campo da lei especial de proteção ao consumidor (CDC), cabe referir ser este mecanismo pelo qual se tem a busca à situação anterior ao dano, mediante indenização ou compensação/reparação, cumprindo, assim, função de reequilíbrio econômico-jurídico, função preventiva em relação a outros danos e função sancionatória, fazendo incidir penalidade no causador do prejuízo, patrimonial ou moral, a terceiro.

Resta assente a diferenciação entre responsabilidade contratual (negocial) e responsabilidade extracontratual (extranegocial). Na primeira, existe vínculo jurídico entre as partes (causador do dano e prejudicado); diversamente, na responsabilidade extracontratual, tem-se a regra geral do “não lesar”, sem que exista liame jurídico entre os sujeitos da relação.

Não obstante grandes controvérsias acerca dos requisitos da responsabilidade, menciona-se o evento causador do dano (comportamento humano omissivo ou comissivo ou fato da natureza), o prejuízo (dano moral ou patrimonial) e o nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa-efeito entre o evento e o dano, destruída nos casos em que o fato teve origem, exclusiva, no agir do prejudicado, no fato de terceiro, no caso fortuito ou em força maior.

7. A responsabilidade subjetiva, regada pelo art. 159 do Código Civil Brasileiro (1916), acresce aos requisitos antes mencionados, a culpa, exteriorizada mediante comportamento doloso, imprudente, negligente ou imperito (atécnico) do agente. Tendo-se em conta sua intensidade, a culpa é classificada em grave, leve e levíssima, sendo que, em determinados casos, a própria lei prevê que a responsabilidade tenha origem em conduta marcada pelo dolo ou culpa grave do agente.

Paulatinamente, foi sendo reconhecida a ineficiência da responsabilidade baseada na culpa em solver situações determinadas, nas quais inviável a



configuração do agir culposos do causador do dano, passando-se a fazer uso de “presunções de culpa”. Contudo, permanece ainda muito firme a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, adotando-se, por exceção, a responsabilidade que afasta tal elemento (responsabilidade fundada no risco, objetiva).

8. A responsabilidade objetiva foi fruto de evolução gradual no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, tendo expungido a culpa em situações por ela alcançadas, com o argumento de que, violando bem tutelado pela ordem jurídica, cabe ao causador do dano indenizá-lo ou repará-lo, assim, distribuindo-se de forma mais igualitária os lucros e os prejuízos, ou seja, quem obtém lucro com determinada situação ou atividade deve arcar com os danos por ela causados. Substitui-se, assim, a culpa pelo risco, sendo este o fundamento da responsabilidade objetiva em relação às atividades empresariais (risco de empresa), estatais (risco administrativo) e atividades perigosas (risco-perigo).

A responsabilidade nas relações jurídicas de consumo encontra suporte da responsabilidade fundada no risco de empresa, pela qual se considera o fornecedor como parte mais indicada para absorver os prejuízos, pois é ele quem tem o domínio sobre a prestação do serviço ou sobre o produto, decidindo sobre seus componentes, modo de fabricação, tamanho, modelo, preço, local de distribuição, e até mesmo o público a ser visado pelas matérias publicitárias.

9. Nas questões de responsabilidade civil envolvendo relação jurídica de consumo o legislador disciplina o tema da responsabilidade conforme a esfera violada, se a segurança do consumidor ou a quantidade/qualidade do bem, em responsabilidade pelo fato do produto/serviço e responsabilidade pelo vício do produto/serviço (respectivamente).

Atingida a segurança do consumidor, em razão de defeitos do produto ou do serviço, ou pela insuficiência/inadequação das informações acerca de sua utilização ou fruição, tem-se o que a doutrina consagrou como “acidentes de consumo”, designada pela Lei n.º 8.078/90 de fato do produto/serviço. Diversamente, nos casos em que o produto/serviço revela-se impróprio ao consumo ou uso que razoavelmente era esperado ou não atende ele as normas regulamentares, atingindo a incolumidade econômica do consumidor, tem-se os chamados “incidentes de consumo”.

O regime adotado pela Lei n.º 8.078/90 (CDC) é o da responsabilidade objetiva, tendo-se, em caráter excepcional, a responsabilidade pelo fato do serviço prestado por profissional liberal (art. 14, § 4º, CDC) e a responsabilidade de empresa coligada (art. 28, § 4º, CDC), trazendo, especificados, casos em que não configurada a

responsabilidade do fabricante, construtor, produtor e o importador do produto ou do fornecedor do serviço (art. 12, § 3º, e 14, § 3º, CDC), ausente nexó causal entre a conduta do fornecedor e o dano experimentado pelo consumidor, tal qual se dá em havendo caso fortuito ou força maior, os quais, embora não arrolados expressamente, como impedimentos genéricos à eclosão da responsabilidade, afastam a obrigação de reparar/indenizar nas relações de consumo, entendendo-se como caso fortuito ou força maior o evento inevitável, imprevisível e externo, desvinculado da atividade do fornecedor.

10. Em análise ao encargo probatório, enfatiza-se ser a prova meio de formar o convencimento do julgador, estabelecendo a verdade histórica de determinado fato. Por ônus entende-se a possibilidade de a parte agir, com vistas ao atendimento de seu próprio interesse, pelo que destituído de sujeição por parte do onerado.

Da expressão, ônus da prova, tem-se, assim, o encargo que tem determinada parte do processo em produzir prova sobre um fato, determinando-se, a partir deste, qual dos litigantes arcará com os efeitos desfavoráveis da sentença em razão de não se ter coligido ao processo elementos de convencimento do julgador, sendo classificado como regras de julgamento. Do contrário, em havendo subsídios capazes de formar no julgador um juízo de certeza, é com base nas provas que este julgará a demanda.

Nos termos do Código de Processo Civil (1973), em que se consideram que as partes estariam em igualdade de condições na defesa de seus direitos, aplica-se o aforismo segundo o qual “quem alega, prova”, pelo que o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos cabe ao autor do processo (ônus da ação), devendo este comprovar os fatos que dão nascimento à relação jurídica; quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, sua prova é incumbência do réu (ônus da exceção).

Inegável que, na atualidade, já não se formam entre produtor e adquirente relações de caráter tradicional, em que bem identificados o produtor, o local em que fabricado o produto/realizado o serviço, e o comerciante, tendo-se, hoje, bens e serviços espalhados em mercados cada vez mais vastos, com o que fácil concluir pela inadequação do esquema processual de partes em posição de igualdade para garantir os direitos de consumidores que, no mais das vezes, isolados, têm seus direitos violados por grandes empresas, detentoras de forte aparato técnico-jurídico e litigantes habituais, para quem o confronto judicial se configura episódio corriqueiro.

Com base em tal constatação, no intuito de reequilibrar a situação dos litigantes de uma relação jurídica de consumo, é que se instituiu, como instrumento de facilitação à defesa dos consumidores, a inversão do ônus da prova.

11. O benefício processual vem em dois momentos regulado na Lei n.º 8.078/90. No art. 38, CDC, tem-se a inversão do ônus da prova determinado na norma legal, com o que se dá pela simples constatação de tratar-se de demanda envolvendo a veracidade e correção de informações ou comunicações publicitárias, em que não coligido ao processo prova do alegado pelas partes.

Já, em qualquer outro processo de natureza civil envolvendo relação jurídica de consumo, e no qual não tenham as partes levado ao feito material probatório a comprovar o alegado, para que se possibilite a inversão do encargo probatório faz-se necessária a verificação de requisitos, apurados segundo as regras da experiência do julgador: hipossuficiência do consumidor, em sentido amplo, abrangendo a hipossuficiência econômica, informativa, técnica etc., ou (ressalta-se, alternativamente), a verossimilhança das alegações trazidas pelo consumidor, devendo estas serem revestidas de uma aparência de verdade, serem alegações prováveis, plausíveis.

Tal como no art. 333 do Código de Processo Civil (1973), a inversão do ônus da prova configura-se, de igual forma, como regra de julgamento, vez que utilizável apenas quando frustrada a prova, restando esta insuficiente ou inexistente a comprovar as alegações do feito, situação só aferida após a conclusão da fase instrutória do feito, quando da análise do reunido aos autos, ou seja, na fase decisória.

12. A inversão do ônus da prova é cabível em qualquer dos regimes de responsabilidade, seja fundado na culpa, seja fundado no risco, apresentando-se desvinculada do regime de responsabilidade aplicável ao caso e não implicando mutação do regime fundado na culpa para o fundado no risco.

Em se tratando de relação de consumo tendo como fornecedor o profissional liberal ou empresa coligada, quando incidente o regime de responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, caberá a estes o resultado desfavorável no processo caso não se reúna no feito elemento de convicção do julgador, tendo estes resguardada oportunidade de, durante a instrução, produzirem prova a afastar a responsabilidade.

Havendo presunção relativa quanto ao elemento culposo da responsabilidade no processo, deverá o requerido comprovar que sua conduta não se qualifica como imprudente, negligente ou imperita. Ao autor (consumidor) permanece o dever de comprovar o evento danoso e o nexo causal entre a conduta do requerido e o prejuízo sofrido. Diversamente, se houver inversão do ônus da prova na demanda, tendo-se apurado os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor, embora o consumidor (autor) nada comprove acerca do dano e do liame de causalidade (e não tendo o

réu juntado provas no feito), terá a procedência de seu pedido, pelo que não se pode afirmar que a presunção de culpa importe na inversão da carga probatória, sendo elas distintas.

Do exposto, tem-se que a inversão do ônus da prova é de maior amplitude, abarcando todos os requisitos da responsabilidade, do que a presunção de culpa, cuja designação bem exprime restringir-se à culpa, elemento da responsabilidade subjetiva.

Já, na hipótese de presunção absoluta de culpa, não se admitindo prova em contrário acerca deste elemento, tem-se em verdade, responsabilidade objetiva, sendo a culpa do réu tida como verdade incontestável, pelo que não cabe falar em prova sobre a culpa. Dessas responsabilidades sem culpa, regra nas relações jurídicas de consumo, não decorre, necessariamente, a inversão do ônus da prova, com o que se teria por desnecessário afirmar, junto às disposições gerais dos direitos dos consumidores, tal instrumento processual.

Por outro lado, de natureza distinta, com caráter eminentemente processual, a inversão do encargo probatório sujeita-se à verificação de requisitos específicos (verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor) e diz com as situações em que esgotada a fase instrutória sem êxito na comprovação do alegado por qualquer das partes, quando se terá a procedência do pedido pelo consumidor (autor), embora não tenha este se desincumbido do ônus da prova dos fatos constitutivos do direito por ele alegado.

13. Em um enfoque jurisprudencial da matéria, tem-se que, embora transcorridos mais de dez anos desde a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei n.º 8.078/90), ainda não houve completa assimilação das inovações trazidas por este diploma legal, haja vista o apego à noção de culpa, ainda aplicando-se o disposto no Código Civil de 1916, não obstante delineada relação jurídica de consumo, e a impropriedade na aplicação da inversão do ônus da prova, seja considerando-a como decorrência do regime de responsabilidade objetiva; seja fazendo incidir o benefício processual em hipóteses nas quais restaram os fatos devidamente comprovados pelo conjunto probatório; seja definindo com pouca clareza os requisitos à incidência da inversão do ônus probatória, tendo-se a vulnerabilidade do consumidor como situação equiparada à hipossuficiência etc.

A incorreta aplicação dos dispositivos da Lei n.º 8.078/90 (CDC), contudo, não tem levado à frustração dos direitos dos consumidores litigantes. Espera-se, porém, maior rigor técnico na aplicação das normas, a fim de que se consolide a nova sistemática jurídica em tutela aos consumidores, parte vulnerável na relação de consumo.

## ANEXOS

### ANEXO A – TJMS, Apelação n.º 65.112-3

**“PROVA – Testemunha – Petição inicial elaborada segundo o rito ordinário – Transformação, pelo Magistrado, em rito sumário – Fato que não prejudica o autor em relação à produção de provas testemunhais.**

“Ementa Oficial: Não obstante tenha a inicial sido elaborada segundo o rito ordinário, a transformação pelo Magistrado em rito sumário não prejudica o autor em relação à produção de provas testemunhais.

**“RESPONSABILIDADE CIVIL – Transporte coletivo de passageiros – Motorista que, agindo culposamente, coloca o ônibus em movimento quando passageira dele descia – Fato que ocasionou a amputação de uma das pernas da vítima – Reparação, devida pela empresa, pouco importando se a usuária já tivesse descido do conduzido, pois, da mesma forma, restaria caracterizada a culpa, por inobservância de regras básicas de segurança.**

“Ementa da Redação: A empresa de transporte coletivo de passageiros responde por reparação de danos, se o seu motorista, agindo culposamente, coloca o ônibus em movimento quando passageira dele descia, fato este que ocasionou a amputação de uma das pernas da vítima, pouco importando se a usuária já tivesse descido do conduzido, pois, da mesma forma, restaria caracterizada a culpa, por inobservância de regras básicas de segurança.

**“DANO MORAL – Indenização – Fixação a cargo do Julgador que deve agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso – Valor que não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado, e nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado.**

“Ementa Oficial: A indenização por dano moral não tem o objetivo de reparar a dor, que não tem preço, mas de compensá-la de alguma forma, minimizando os sofrimentos do beneficiário, devendo o Julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso. O valor não

deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado e nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado.

“Ap 65.112-3 – 1ª T. – j. 17.08.1999 – rel. Des. Atapoã da Costa Feliz.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz (relator): Júnior Transportes de Passageiros Ltda. recorre da sentença proferida na ação de reparação de danos promovida por Francisca Pinheiro da Silva, cujo teor é a sua condenação nas seguintes verbas: um salário mínimo até a data em que a vítima completar 65 anos de idade a título de pensão; R\$200,00 como ressarcimento dos valores gastos com o tratamento; R\$24.000,00 por danos morais decorrentes do acidente que deu ensejo à amputação da perna da recorrida e pela falta de assistência; constituição de capital na forma estabelecida no art. 602 do CPC para pagamento da pensão; honorários de 15% sobre o valor da condenação em dano moral acrescido da pensão vencida e de 12 prestações vincendas, nos termos do art. 20, §§ 3º e 5º, do CPC.

“Como preliminar, pede a apreciação do agravo retido interposto contra a decisão de f., porquanto o Magistrado teria aceitado o rol de testemunhas a destempo e colhido os respectivos depoimentos. Aduz que com tal expediente não teriam sido observados os arts. 125, I, 275, II, e, e 276 do CPC.

“No mérito, assevera que o conjunto probatório não foi bem analisado e que ele é claro em contrariar a conclusão exposta na sentença, segundo a qual a culpa pelo acidente é exclusiva do motorista de seu ônibus, haja vista que, apesar de contraditórias, só foram consideradas as provas produzidas pela recorrida; sobre o valor da pensão, a recorrente afirma que não pode prevalecer porque não foi comprovada qualquer atividade laboral; que não houve observância do bom senso ao ser fixado o valor do dano moral, e esses elementos são imprescindíveis em casos tais; que na condenação em honorários devem ser observadas as regras de reciprocidade e proporcionalidade estabelecidas no art. 21 do CPC, já que o pedido atinge o valor de R\$233.000,00 e a condenação, somadas todas as verbas, não passa de R\$47.600,00, ou seja, 20% do valor pedido.

“Pede, portanto, caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade do processo suscitada no agravo retido, a reforma da sentença, com o julgamento

improcedente do pedido, dada a ausência de culpa de seu empregado pelo evento danoso, ou a redução da verba de danos morais e a exclusão da pensão alimentícia (f.).

“Em contra-razões a recorrida pugna pelo não-provimento do agravo retido e justifica que, tendo entrado com ação de reparação pelo rito ordinário, o Magistrado a converteu para o rito sumário e não possibilitou emenda para que fosse indicado o rol de testemunhas razão por que o rol foi apresentado posteriormente. Destaca que não decorre qualquer prejuízo à recorrente, o que seria indispensável à declaração de qualquer tipo de nulidade. No mérito, insta pela manutenção do julgado.

“VOTO – O Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa feliz (relator): Agravo retido. Em sede de preliminar, a recorrente pede a apreciação do agravo retido interposto contra a decisão de f., cujo conteúdo é a manutenção do rol de testemunhas apresentado pela autora.

“A recorrente assevera que nas ações de rito sumário o rol de testemunhas deve acompanhar a inicial, e por isso ele não poderia ser aceito junto com a impugnação à contestação (f.).

“Ao agravo deve ser negado provimento.

“Conquanto esteja expresso no art. 276 do CPC que na petição inicial da ação de rito sumário o autor apresentará o rol de testemunhas, no caso foi ajuizada uma ação de reparação de danos sob o rito ordinário, porém o Magistrado a recebeu sob o rito sumário, pela natureza do objeto, e determinou a citação.

“No entanto, naquela oportunidade, não foi garantida à recorrente a possibilidade de emenda.

“Ao impugnar a contestação foi apresentado rol de testemunhas, e esse direito realmente haveria de ser preservado, como muito bem ressaltou o Magistrado na decisão agravada.

“Ademais, a relação de testemunhas foi apresentada há cerca de um mês e meio antes da audiência, o que por si demonstra a inexistência de prejuízo ao recorrente e, conseqüentemente, induz à improbabilidade de ser declarada qualquer nulidade, uma vez que lesividade é pressuposto de nulidade.

“Por fim, destaque-se que não foi ferido o princípio da igualdade processual entre as partes, como afirma o recorrente, mas sim o desapego ao exagerado formalismo invocado pelo recorrente.

“Nega-se provimento ao agravo retido.

“MÉRITO – A recorrente aduz que o conjunto probatório não foi bem analisado e que ele é claro em contrariar a conclusão exposta na sentença. Ou seja, a culpa pelo acidente não é de seu empregado, mas sim da própria recorrida, a qual, ao descer do ônibus, teria escorregado e caído.

“Sobre a culpa não há controvérsia, ela é única e exclusivamente do empregado da recorrente.

“Como bem destacado na sentença, o boletim de ocorrência, ao qual a recorrente quer imprimir tanto valor, não é conclusivo, e mais, como consta em seu texto, o policial que lavrou o referido documento não assistiu a ocorrência, vez que iniciou seus dizeres com ‘segundo declarações do condutor’, ou seja, baseou-se no depoimento do próprio motorista do ônibus.

“Ora, como se pode dar o valor pretendido no recurso ao referido boletim se a narrativa fática nele constante foi feita pelo próprio motorista do ônibus.

“Segundo a bem-lançada sentença:

“O conjunto probatório indica que o acidente ocorreu por imprudência do motorista do ônibus que olvidou-se das cautelas necessárias à segurança de seus passageiros, e não se atentou quanto à existência de pessoas que ainda não tinham efetivado o desembarque por completo, antes de movimentar o veículo.

“Com efeito, a testemunha Aurea da Silva (f.) narrou que: ‘Estava no ônibus no momento do fato narrado na inicial. Referido veículo, chegando nas imediações do monumento aos colonos, parou em um ponto ali existente, próximo do posto de gasolina, salvo engano denominado Posto Monumento e a autora iniciou a descida desse ônibus; sem que tivesse completado o cobrador autorizou o motorista a empreender marcha e a autora acabou sendo arrastada, com as mãos agarradas nos suportes existentes nas portas do ônibus; a autora começou a gritar, mas o motorista não ouviu; a autora acabou caindo ao solo quando o ônibus já tinha passado por cima de suas pernas; tem absoluta certeza de que a autora não tinha descido totalmente do ônibus’.



“A testemunha Kleberson Alves Marcheza (f.) trouxe ao conhecimento do Juízo que:

“No local havia lama, essa lama era por causa da chuva que tinha acontecido uns dias antes; o local não chegava a ser escorregadio para provocar a queda da autora; a autora desceu na porta do meio do ônibus; o fato aconteceu rapidamente; a autora iniciou a descida, o ônibus foi movimentado e ela foi para baixo.”

“Ainda a testemunha Mariza Almeida Renovato afirmou que:

“Encontrava-se no ônibus envolvido no acidente; a autora passou pela depoente e pela outra menina para descer do ônibus; quando o ônibus foi movimentado a moça que estava do lado da depoente gritou para o motorista que a autora estava presa na porta do ônibus; quando a depoente olhou para trás já não viu a autora na porta; o ônibus já havia sido rodado e a autora já havia caído.”

“Assim, ao contrário do que sustenta a requerida, não ficou provado que a vítima contribuiu para a causa do acidente.

“Ademais, é de se ressaltar que, caso o evento tivesse ocorrido da maneira narrada pela ocupante do pólo passivo, ou seja, de que em razão da grande quantidade de lama existente no local a autora teria escorregado e caído debaixo do ônibus, após sua descida, seria inequívoca também a culpa do condutor do veículo, demonstrando estar desatento, e agindo com imprudência, uma vez que deveria ter se utilizado de redobradas cautelas, pois iminente era o perigo de dano com o lamaçal ali existente, ainda mais quando o passageiro consistia em pessoa de idade avançada, que certamente possui maiores dificuldades de locomoção. Deveria ele ter parado o coletivo em local próximo do ponto de parada que estivesse em melhores condições para o acesso e descida de passageiros do coletivo.

“Deve-se destacar ainda que, sendo o ônibus veículo coletivo, pesado e longo, devem os motoristas conduzi-lo com o máximo de cuidado para evitar sinistros como o semelhante ao dos autos.

“Não foram consideradas apenas as provas produzidas pela recorrida como afirma a recorrente, mas todo o conjunto probatório.

“Como dito, o boletim não é conclusivo e foi elaborado com base nas declarações do próprio empregado da apelante que conduzia o ônibus

naquele dia. E, ainda que seja verdadeiro o seu conteúdo, isto é, que quando o ônibus se locomoveu a vítima já havia dele descido, em nada altera para a solução do litígio, pois de qualquer forma estaria caracterizada a negligência do seu condutor, uma vez que bastaria a utilização do retrovisor, necessária, diga-se de passagem, para se constatar a existência de obstáculo ou perigo à vida, e consequentemente à impossibilidade de locomoção.

“Tendo o veículo de transporte coletivo se locomovido enquanto a vítima dele descia, está caracterizada a culpa do seu condutor e da mesma forma, se já houvesse descido a usuária, a culpa seria patente do mesmo modo.

“Isso porque, com ambas as condutas, a negligência do condutor é invariável.

“Sobre o valor da pensão, a recorrente afirma que não pode prevalecer porque não foi comprovada qualquer atividade laboral da vítima.

“Com efeito, a recorrida afirmou em sua inicial que exercia trabalho de diarista, desenvolvendo faxinas e limpeza em geral e que em média ganhava um salário mínimo e meio.

“Considerando-se a situação econômica da recorrida, tratando-se de uma pessoa humilde e simples como se vê nos autos, especialmente na f.; que, em regra, diaristas não criam vínculo empregatício com os beneficiários dos seus serviços e que a condenação se limitou a um salário mínimo, já que é o mínimo legal, e tão mínimo que não acautela as garantias utópicas previstas na Constituição Federal, a condenação há de ser mantida.

“Com efeito, há uma presunção de que as pessoas trabalham já que até trabalhando está difícil a sobrevivência dos que dependem de salário mínimo (*sic*).

“Como a remuneração deve ter como piso o salário mínimo, nada mais coerente do que a condenação imposta à recorrente.

“Por seu turno, na fixação da indenização por dano moral, diversamente das assertivas da apelante, não há como concluir que não tenha sido utilizado o bom senso. Aliás, observou-se muito esta virtude, já que, a princípio, os danos decorrentes do acidente induziriam a uma indenização ainda maior.

“Relembra-se que a vítima, por conta do evento, teve sua perna amputada. Incontestavelmente, trata-se de uma das conseqüências mais horribéis que poderia decorrer de um acidente.

“De qualquer forma, portanto, a condenação deve ser mantida no patamar estipulado no *decisum* – R\$24.000,00.

“Como é sabido, o valor indicado pelo autor da ação como necessário à reparação do dano moral é meramente indicativo, visto que compete ao Magistrado o arbitramento de tal verba, observando-se a possibilidade e a capacidade econômica do condenado e do beneficiário.

“Destarte, não pode a condenação ser tão alta a ponto de servir como enriquecimento sem causa do beneficiário ou quebre o condenado, nem seja tão pouca de modo a não significar nada ao beneficiário e ainda sirva de incentivo ao condenado à reiteração de atos congêneres.

“Enfim, a indenização por dano moral tem como características básicas: a penalidade do civilmente responsável e a tentativa de minimização da dor moral que, a princípio, não tem preço.

“De tais fundamentos, consta-se que a indenização por danos morais deve ser arbitrada segundo o bom senso e as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso.

“Logo, o valor indicado pelo autor na inicial serve apenas para indicar qual seria o valor ideal de indenização segundo o pretendente, e não como certeza do *quantum*.

“Processual civil – Responsabilidade civil – Ação ordinária – Indenização por dano moral – Pedido certo – Inépcia da inicial – Preliminar rejeitada. I- Nas ações de indenização por ato ilícito, o valor estipulado na inicial, como estimativa da indenização pleiteada, necessariamente, não constitui certeza do *quantum* a ressarcir, vez que a obrigação do réu, causador do dano, é de valor abstrato, que depende, quase sempre, de estimativas e arbitramento judicial. Montante da indenização há de ser apurado mediante liquidação de sentença. Precedentes do STJ. II- Recurso não conhecido.’ (STJ – Resp 136588/97- RJ – rip:41802 – rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 07.04.1998, DJ 1º.06.1998, p. 85 apud CD QRT, v.5).

“Portanto, o arbitramento de uma indenização menor do que aquele valor indicado não quer dizer que deva ser aplicado o art. 21 do CPC na fixação da sucumbência.

“No caso, a recorrente foi condenada ao pagamento de custas e honorários, estes arbitrados em 15% sobre a soma dos valores da indenização de dano moral, prestações de pensão vencidas e 12 vincendas.

“Outrossim, também nesse particular, não há censura a ser feita à sentença.

“Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

“DECISÃO – Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

“Por v.u. negaram provimento ao agravo retido. No mérito, à unanimidade, negou provimento à apelação.

“Presidência do Exmo. Sr. Des. Silva Frias.

“Relator o Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

“Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Hildebrando Coelho Neto e Silva Frias.

“Campo Grande, 17 de agosto de 1999.

“ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da 1ª T. Civ. do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por v.u., negar provimento ao agravo retido. No mérito, à unanimidade, negar provimento à apelação.

“Campo Grande, 17 de agosto de 1999 – SILVA FRIAS, pres. – ATAPOÃ DA COSTA FELIZ, relator.”<sup>302</sup>

---

<sup>302</sup> Jurisprudência Geral Civil – TJMS. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 771, pp. 327-31, jan./2000.

**ANEXO B – 1º TACivSP, Agravo de Instrumento n.º  
908.896-6**

**“PROVA – Inversão do ônus – Ações que envolvem relações de consumo – Admissibilidade desde que seja verossímil a alegação do direito ou quando for o consumidor hipossuficiente – Circunstância que não se verifica com o beneficiário de cheque especial, ato negocial que exige posicionamento econômico mínimo.**

“Ementa da Redação: Nas ações que envolvem relações de consumo, o direito de defesa envolve a possível inversão do ônus da prova, nos moldes do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, modificando o disposto no art. 333, I, do CDC, desde que seja verossímil a alegação do direito ou quando for o consumidor hipossuficiente, circunstância que não se verifica com o beneficiário do cheque especial, ato negocial que exige posicionamento econômico mínimo.

“AgIn 908.896-6 – 6ª Câm. – j. 28.03.2000 – rel. Juiz Oscarlino Moeller.

“Acórdão – Vistos, relatados e discutidos estes autos de AgIn 908.896-6, da Comarca de Piracicaba, sendo agravante Antonio Carlos Angeleli e agravado Banco Mercantil de Descontos S.A. (em liquidação extrajudicial).

Acordam, em 6ª Câm. do 1º TACivSP, por v.u., negar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte integrante do acórdão.

“Presidiu o julgamento o Juiz Evaldo Veríssimo e dele participaram os Juízes Windor Santos e Massami Uyeda.

“São Paulo, 28 de março de 2000 – OSCARLINO MOELLER, relator, com a seguinte declaração de voto:

“Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. (f. – autos principais), que indeferiu a inversão probatória requerida.

“A alegação do agravante é no sentido de que, nos termos do inc. VIII do art. 6º da Lei 8.078/90, o agravante se beneficia com a prevista inversão do ônus da prova, devendo ao réu ser cometida a obrigação de pagamento dos honorários do perito judicial.

“Recebido o recurso, dentro da renovação das normas do agravo de instrumento na consonância da Lei 9.139, de 30.11.1995, houve apresentação de contraminuta (f.), com documentos (f.).

“O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

“Houve atendimento ao art. 526 do CPC (f.).

“É o relatório.

“O agravante promove contra o agravado ação de prestação de contas em função de saldo devedor de contrato de abertura de crédito, cheque especial, valor destinado a uso na conta corrente n. xxxxxx-x.

“O saldo apontado pelo credor seria de R\$13.000,00, enquanto que o devedor pleiteia o reconhecimento de R\$3.500,00.

“Deferida perícia contábil e estimados os honorários do perito (fl. – autos principais), houve determinação ao agravante para o respectivo recolhimento (f. – autos principais).

“Requeru o agravante nos autos a aplicação da inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, restando ao agravado e credor a obrigação do depósito do perito (f. – autos principais).

“O juiz indeferiu a pretensão pelo fundamento de que o agravante não é hipossuficiente e a prova não se destinar à demonstração de fato, como exigido pelo artigo invocado (fl. – autos principais).

“A Lei 8.078/90, na estruturação dos direitos básicos do consumidor, como previsto no art. 6º invocado, se dicotomiza ao considerar seu beneficiário no exercício do direito de ação e no direito de defesa, dando-lhe as garantias, respectivamente, nos incisos VII e VIII, o primeiro para o momento das ações propostas, o segundo para a defesa dos direitos, em matéria probatória, seja autor ou réu.

“O direito de ação é solidificado pelo livre acesso aos órgãos judiciários e administrativos, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. Necessitado, à falta de definição, induz à análise dos benefícios da assistência judiciária, na consonância da Lei 1.060/50 (art. 6º, VII).

“O direito de defesa envolve a inversão possível do ônus da prova, modificando o disposto no art. 333, II, do CPC, submetendo essa forma ao

critério judicial desde que seja verossímil a alegação do direito ou quando for o consumidor hipossuficiente, segundo regras ordinárias de experiências.

“Na hipótese presente o agravante, como consumidor, está exercendo o direito de ação, subsumindo seus anseios de direitos básicos ao inc. VII do art. 6º da lei citada, mas inaplicável a inversão pretendida. Necessitado ou hipossuficiente não o seria, assim que beneficiário de cheque especial, a demonstrar renda e poder econômico para tal espécie contratual, ato negocial que exige posicionamento econômico mínimo.

“O direito não é verossímil, eis que estamos apenas diante de fatos alegados, mas sem especificação detalhada dos enganos existentes, não demonstrados *ictu oculi*, tanto que necessária perícia contábil para formar convicção a respeito do verdadeiro posicionamento contratual das partes, a que se soma o reconhecimento do débito, e, pois, seu inadimplemento, pelo agravante, apenas discutindo-se o *quantum debeatur*.

“Inaplicável, em suma, a pretensa inversão de prova, como bem decidido.

“Conclusivamente, nega-se provimento ao recurso para confirmar a r. decisão agravada.”<sup>303</sup>

---

<sup>303</sup> Jurisprudência Geral Civil – 1ª TACivSP. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 781, pp. 273-5, nov./2000.

ANEXO C – TJSC, 4ª Câmara Cível, Apelação n.º  
96.012572-8

III – “Seguro catástrofe. Vendaval. Dúvida acerca da configuração da situação de risco. Inversão do onus probandi. Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII). Recurso desprovido.

“A teor do art. 1.460 do Código Civil brasileiro, quando a apólice limitar ou particularizar os riscos de seguro, não responderá por outros o segurador, regra roborada pelos arts. 1.432 e 1.458 do mesmo Codex. No entanto, havendo dúvidas acerca da configuração de situações que dão ensejo à proteção securitária, opera-se a inversão do onus probandi, como preconiza o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inc. VIII.

“O dever precípua da instituição de seguro é o de prestar a garantia de que, havendo o sinistro, pagará o valor da indenização. Se a Seguradora não comparecer com esta obrigação, o contrato não será bilateral nem oneroso, haverá apenas a obrigação unilateral do segurado em pagar o prêmio.” (Cf. Munir Karam, VII Fórum Jurídico do Seguro Privado. Itapema, 1997, p. 13/4).

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 96.012572-8, da comarca da Capital, em que é apelante Companhia Paulista de Seguros, sendo apelada Afonso da Silva Indústria e Comércio de Arroz Ltda.:

“A C O R D A M, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

“Custas legais.

“1. Afonso da Silva Indústria e Comércio de Arroz Ltda. ajuizou ação ordinária de cobrança contra Companhia Paulista de Seguros, historiando que no dia 10 de junho de 1994, em virtude de forte vendaval, uma chaminé desabou, atingindo galpão de sua propriedade, destruindo-o parcialmente.

“Asseverou que, embora o bem danificado estivesse sob o abrigo de contrato de seguro, firmado com a ré em 07 de fevereiro de 1994, que previra a indenização por danos oriundos de vendaval, a seguradora recusou-se a pagá-la, sob a alegação de que o sinistro não estava coberto pela avença.



Assim, pugnou pela condenação da ré ao pagamento dos prejuízos resultantes do evento.

“Retorquindo às asserções expendidas pela autora, a demandada sustentou que o desabamento da chaminé e de parte do galpão não resultou da ação dos ventos, desbordando, portanto, a cobertura securitária.

“Houve réplica.

“Após, a ré reiterou seu interesse na produção de prova pericial.

“Inexitosa a tentativa de conciliação, foram deferidas as provas testemunhal e pericial.

“Na audiência de instrução e julgamento, o togado, ante a constatação de que a acionada abster-se de formular os quesitos, indeferiu a realização da perícia.

“Ouviram-se testemunhas, por precatória.

“As litigantes apresentaram suas alegações finais.

“Sentenciando, o DD. Juiz de Direito, Dr. Ronaldo Moritz da Silva, julgou procedente o pedido.

“Reprochando a decisão monocrática, a ré interpôs recurso de apelação, alegando ter havido cerceamento de defesa, por conta do indeferimento da feitura de prova técnica, e repisando que a ruína do prédio decorreu de seu precário estado de conservação, sem influência de agentes externos.

“Nas contra-razões, a apelada ponderou, primeiramente, que não houve cerceamento de defesa, porque a decisão que rechaçou a realização de perícia sofrera impugnação, por meio de agravo de instrumento, já julgado.

“Acrescentou que, à época da contratação, a apelante procedeu à vistoria do imóvel, fato que, em seu sentir, obstaria a irrogação do dano à fragilidade estrutural do prédio.

“Comentou, também, que os dados fornecidos pela EPAGRI, coligidos pela ré, não têm o condão de derruir a sólida prova testemunhal produzida.

“Propugnou a condenação da apelante nas penas cominadas à litigância de má-fé.

“Após, os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

“2. Nega-se provimento ao recurso.

“Bem verdade que, a teor do art. 1.460 do Código Civil brasileiro, ‘Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos de seguro, não responderá por outros o segurador’, regra roborada pelos arts. 1.432 e 1.458 do mesmo Codex. No entanto, havendo dúvidas acerca da configuração de situações que dão ensejo à proteção securitária, opera-se a inversão do onus probandi, como preconiza o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inc. VIII.

“Essa conclusão é esteada na inelutável disparidade de forças entre a seguradora e o segurado, não raro desconhecedor do sem-número de hipóteses em face das quais aquela busca eximir-se de sua obrigação primeira.

“Importa rememorar, com Munir Karam, que o dever precípua da instituição de seguro ‘... é o de prestar a garantia de que, havendo o sinistro, pagará o valor da indenização. Porque se a Seguradora não comparecer com esta obrigação, o contrato não será bilateral nem oneroso. Haveria apenas a obrigação unilateral do segurado em pagar o prêmio. Mas ficaria ele sempre naquela dúvida de que, ocorrendo o sinistro, receberia ou não a sua indenização, como se à tal garantia a Seguradora não estivesse obrigada’ (VII Fórum Jurídico do Seguro Privado. Itapema, 1997, p. 13/4).

“No dissídio sob análise, é incontroversa a existência de cobertura dos danos oriundos de vendaval (fl. 13), ressaíndo dos autos que esta foi a causa da ruína. Malgrado a ré afirme que o desmoronamento independera da atuação de forças exógenas, a prova testemunhal revela-se absolutamente coesa, sendo uníssonas as declarações, no sentido de assinalar a ocorrência de forte ventania quando do evento danoso.

“Extrata-se do depoimento de Luiz José Kamers ‘... que o depoente foi chamado para atender a ocorrência; que verificou o desabamento de uma chaminé sobre o telhado da fábrica, danificando uma parte da cobertura metálica; que o vendaval destelhou algumas casas na localidade e é causa provável do desabamento; [...] que inclusive a casa do policial Gil, que acompanhou o depoente no atendimento da ocorrência, destelhou com o vendaval ...’ (fl.90).

“A testemunha Gil Luz, por seu turno, assevera que ‘... foi atender a ocorrência juntamente com Luiz José Kamers; que verificou que a chaminé havia desabado sobre o galpão da indústria, na parte dos fundos; que houve

“Bem verdade que, a teor do art. 1.460 do Código Civil brasileiro, ‘Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos de seguro, não responderá por outros o segurador’, regra roborada pelos arts. 1.432 e 1.458 do mesmo Codex. No entanto, havendo dúvidas acerca da configuração de situações que dão ensejo à proteção securitária, opera-se a inversão do onus probandi, como preconiza o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inc. VIII.

“Essa conclusão é esteada na inelutável disparidade de forças entre a seguradora e o segurado, não raro desconhecedor do sem-número de hipóteses em face das quais aquela busca eximir-se de sua obrigação primeira.

“Importa rememorar, com Munir Karam, que o dever precípua da instituição de seguro ‘... é o de prestar a garantia de que, havendo o sinistro, pagará o valor da indenização. Porque se a Seguradora não comparecer com esta obrigação, o contrato não será bilateral nem oneroso. Haveria apenas a obrigação unilateral do segurado em pagar o prêmio. Mas ficaria ele sempre naquela dúvida de que, ocorrendo o sinistro, receberia ou não a sua indenização, como se à tal garantia a Seguradora não estivesse obrigada’ (VII Fórum Jurídico do Seguro Privado. Itapema, 1997, p. 13/4).

“No dissídio sob análise, é incontroversa a existência de cobertura dos danos oriundos de vendaval (fl. 13), ressaindo dos autos que esta foi a causa da ruína. Malgrado a ré afirme que o desmoronamento independera da atuação de forças exógenas, a prova testemunhal revela-se absolutamente coesa, sendo uníssonas as declarações, no sentido de assinalar a ocorrência de forte ventania quando do evento danoso.

“Extrata-se do depoimento de Luiz José Kamers ‘... que o depoente foi chamado para atender a ocorrência; que verificou o desabamento de uma chaminé sobre o telhado da fábrica, danificando uma parte da cobertura metálica; que o vendaval destelhou algumas casas na localidade e é causa provável do desabamento; [...] que inclusive a casa do policial Gil, que acompanhou o depoente no atendimento da ocorrência, destelhou com o vendaval ...’ (fl.90).

“A testemunha Gil Luz, por seu turno, assevera que ‘... foi atender a ocorrência juntamente com Luiz José Kamers; que verificou que a chaminé havia desabado sobre o galpão da indústria, na parte dos fundos; que houve

um vendaval e destelhou algumas casas na localidade, inclusive a sua; que acredita que o chaminé tenha caído em razão da ventania ...” (fl.91).

“Por derradeiro, a testemunha Nelson Henrique Machado avigora os depoimentos sobreditos, declarando ‘... que o depoente estava pescando próximo à indústria da autora; que escutou um barulhão, vindo da fábrica e soube no dia seguinte que a chaminé havia caído; que escutou o barulho na hora do vento forte; que a ventania derrubou várias antenas de televisão e destelhou casas na localidade [...]; que o vento era forte e parecia um redemoinho; que o vento foi rápido mas se durasse mais ‘botava Tijucas a baixo’ (fl. 92).

“As informações da EPAGRI, aduzidas pela recorrente (fl.102), não esboroam a consistência da pretensão da autora, uma vez que os dados meteorológicos foram colhidos em cidades próximas ao sinistro (Florianópolis e Itajaí), pois o município de Tijucas não é provido de estação meteorológica. De fato, o próprio técnico daquela instituição descortina a fragilidade da investigação das condições atmosféricas, consignando: ‘Esta análise porém, fornece apenas as condições meteorológicas reinantes na data e local da solicitação, uma vez que não existe estação meteorológica no local e nem registros dos fenômenos meteorológicos ocorridos em tempos passado’.

“Tocantemente ao alegado cerceamento de defesa por indeferimento de prova pericial, não se pode suscitar-lo se o ato decisório que motivou a alegação já foi objeto de recurso julgado, ao fim, improcedente, atuando a preclusão consumativa (AI n. 96.005699-8, da Capital, relatado pelo signatário, j. 12. 09.96). Ao depois, não se há reputar coartados os meios defensórios quando já defluírem do processo elementos bastantes à convicção do sentenciante.

“Aliás, como se assentara no julgamento do agravo precitado, ‘... ao proferir o despacho agravado, o douto magistrado a quo declinou em sua motivação que ‘o órgão judicial não deseja ser irrigado com a informação referente a essa prova pericial’.

“Ora, conforme lição de Hélio Tornaghi, ‘em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual. O juiz não é mero espectador da luta de partes; ele a dirige e polícia, ‘determina as provas necessárias à instrução do processo’, indefere as diligências que, a seu

juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que faz a seleção das requeridas e diz quais são as necessárias à instrução do processo' (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, RT, 1976, 2. ed., vol. 1, p. 402).

"Portanto, sendo o órgão judicial o destinatário da prova, é possível o indeferimento de perícia anteriormente deferida, se se verificar posteriormente sua desnecessidade" (AI n. 96.005699-8, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 12.09.96).

"Em arremate, observe-se que seria mesmo um despautério confortar a pretensão recursal, porquanto se pressinta o propósito da seguradora de furtar-se a fornecer a contraprestação contratual, envilecendo a relação entre ela e a sociedade segurada, engendrada por um pacto que, não bastasse isso, é de adesão e aleatório. Contudo, não se condena a requerida-apelante nas penas por litigância de má-fé, pois, '... em princípio, quem contende em juízo, fá-lo de boa-fé. A *presumptio juris tantum* derrui, unicamente, quando indisfarçável o intuito obstativo ao regular desenvolvimento do processo' (TJSC, 4ª CC., Ap. Cív. n. 97.008116-2, de Videira, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 30.04.98).

"3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

"Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. César Abreu.

"Florianópolis, 15 de outubro de 1998."<sup>304</sup>

---

<sup>304</sup> Disponível em: < [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) >. Acesso em 17 jan. 2000.

**ANEXO D – TJSC, 3ª Câmara Cível, Apelação n.º  
96.000738-5**

“Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra.

“Indenização – Lide intentada contra o fabricante e a ministrante de produtos dermatológicos – Aplicação indicada por revendedora, em decorrência da qual resultaram lesões no rosto da paciente – Dano estético – Dúvida quanto à correta utilização – Prova em sentido contrário – Situação a se expõe o fabricante por força da atividade que explora – Garantia assegurada ao consumidor à vista do risco, confiando na qualidade e efeitos das substâncias – Propaganda dirigida ao mercado para fins de venda e obtenção de lucro – Conflito de interesses – Direito previsto constitucionalmente e regulamentado a partir da edição da Lei n. 8.078/90 – Responsabilidade do laboratório irretorquível, a quem cumpria o ônus da prova, por inversão – Artigos 159 e 1.522, combinado com 1.521, inciso III do Código Civil – Dano moral – Cumulação prevista na Súmula 37 do S. T. J. – Sentença confirmada – Desprovimento do recurso.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 96.000738-5, da comarca de São Lourenço do Oeste, em que é apelante Chemist Laboratório Cosméticos do Brasil Ltda. – Racco, sendo apelada Ediana Maria Capeletti Gobbi:

“ACORDAM, em Terceira Câmara Cível, por votação unânime, desprover o recurso.

“Custas na forma da lei.

“Na comarca de São Lourenço do Oeste, EDIANA MARIA CAPELETTI GOBBI, qualificada à f. 02, ajuizou ação de Indenização contra TEREZINHA DE JESUS, ANA LÚCIA DE BORTOLI e CHEMIST LABORATÓRIO COSMÉTICOS DO BRASIL LTDA. – RACCO, aduzindo, em síntese, que:

“– no início de setembro de 1993 tomou conhecimento que a primeira ré fazia tratamento de pele com produtos fornecidos pela segunda e fabricados pela terceira ré;

“– a primeira vendeu-lhe o ‘kit da Racco’ e iniciou aplicações dos cremes e loções em seu rosto duas vezes ao dia, receitando-lhe, concomitantemente, o elixir iodado vegetal, lacto-purga e leite de magnésia;

“– após quinze dias começaram a aparecer espinhas purulentas que a primeira ré afirmou ser normal, sendo que passados aproximadamente dois meses a situação piorou bastante, dando início a infecções generalizadas;

“– interrompido o tratamento, a primeira ré lhe receitou, sem êxito, pomada de própolis;

“– em face do resultado negativo, consultou um médico e iniciou tratamento que perdura até hoje, mas o estado em que se encontrava pode ser constatado pelas fotografias anexas.

“Acrescentou que precisou faltar ao serviço durante quinze (15) dias e, segundo o médico responsável, as seqüelas decorrentes das inflamações/infecções estavam a indicar cirurgia plástica.

“Procuradas, as duas primeiras requeridas se negaram a prestar auxílio financeiro no tratamento, obrigando-se, em face disso, a ajuizar a presente demanda visando à garantia de seus direitos de consumidora, já que vítima de duplo atentado (à estética e à integridade corporal), com reflexos impositivos na órbita do dano moral.

“Colacionou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e requereu a citação dos demandados, a produção de provas e a procedência do pedido, juntando frascos dos produtos, instrumento de procuração e os documentos de fls. 11/32.

“Procedeu-se a citação dos requeridos.

“Ana Lúcia de Bortoli ao contestar levantou as preliminares de ilegitimidade passiva ‘ad causam’, carência de ação e condenação da autora por litigância de má-fé. No mérito, discorreu sobre os fatos e sua situação na lide, os produtos utilizados pela autora e os danos, pedindo, a final, o acolhimento das prefaciais ou a improcedência.

“O outro demandado Chemist Laboratório Cosmético do Brasil Ltda. contestou, igualmente, o pedido, oportunidade em que aduziu que os produtos que fabrica são autorizados pelo Ministério da Saúde e, portanto, incapazes de gerar os efeitos alegados pela requerente, sendo que, admitida a hipótese da ocorrência de tais fatos, certamente é porque não foram

observadas as indicações de uso, o que afasta sua responsabilidade. Requereu a produção de provas e a improcedência.

“Terezinha de Jesus ofereceu defesa às fls. 78/84, onde argüiu a preliminar de ilegitimidade passiva, admitindo que vendeu à autora os produtos Racco e os aplicou de forma adequada, não detendo responsabilidade pela sua composição química.

“No mérito, negou que tivesse receitado outros produtos à autora, e aqueles aplicados e fabricados pela terceira ré eram inofensivos, inexistindo outros casos da mesma natureza. Discorreu acerca dos danos morais e disse não ter agido com culpa, inexistindo, em face disso, o dever de indenizar, até porque a autora não demonstrou o nexo causal entre os produtos que lhe foram vendidos e a lesão. Requereu o acatamento da preliminar ou a improcedência do pedido, deferindo-se-lhe a produção de provas.

“Houve réplica e juntada de documentos (fls. 88/93).

“À f. 104v. deferiu-se a prova pericial, realizada conforme fls. 116/118, sendo que após a manifestação das partes foi designada audiência.

“Na solenidade (fls. 191/199), inexitosa a conciliação, tomou-se os depoimentos pessoais da autora e do representante legal do laboratório, ouvindo-se seis testemunhas. A autora juntou documentos, dos quais os demandados tiveram vistas e, encerrada a instrução, as partes ofereceram razões finais remissivas às suas manifestações anteriores.

“Ao sentenciar, o magistrado julgou procedente o pedido, condenando solidariamente os réus Terezinha de Jesus e Chemist Laboratório Cosmético do Brasil Ltda. no pagamento das verbas requeridas, extinguindo o feito em relação à ré Ana Lúcia de Bortoli.

“Inconformado, o laboratório Chemist interpôs recurso de apelação, onde defendeu a qualidade dos produtos que fabrica à vista da rígida observância das especificações e de autorização do Ministério da Saúde. Afirmou que seus produtos seriam incapazes de ocasionar as infecções como as que atingiram o rosto da autora, conforme, aliás, restou provado com a perícia; que não pode ser responsabilizado pelo mau uso e tratamento incorreto, já que foi admitido o uso concomitante de outros medicamentos; e que a apelada, não obstante as acusações que fez, deixou de provar que a



infecção foi causada pelos produtos aplicados e recomendados pela primeira ré, assim também quanto à aventada hipótese de cirurgia plástica.

“Discorreu acerca da ausência de prova da culpa, visto que a perícia admitiu a probabilidade do aumento das espinhas por fatores alimentares e emocionais, bem como sobre as presunções de que se valeu o magistrado ao decidir a lide.

“Requeru o provimento do apelo a fim de que, julgada improcedente a ação, fosse invertido o ônus da sucumbência. Trouxe a prova do preparo.

“A demandada Terezinha de Jesus recorreu da decisão em cuja peça, após breve remissão aos fatos e às provas, postulou fosse reconhecida sua ilegitimidade passiva, ou, do contrário, provida a apelação, fosse isentada de qualquer responsabilidade.

“Houve pedido expresso da autora relativamente à deserção do apelo da segunda ré, seguindo-se a decisão de fls. 242/243, sendo, após, remetidos os autos.

“É o relatório.

“A autora pretende ser indenizada por danos estético e moral, advindos do uso de produtos para tratamento de pele prescritos pela primeira e produzidos pelo segundo réu, ora apelante.

“Foi a matéria debatida à saciedade, porquanto as provas, mórmente a fotográfica e a pericial, tornam indubitosa a lesão que acometeu a região facial da apelada.

“Com o recurso, o fabricante procura destacar a idoneidade de seus produtos, declarando que há mais de seis anos explora aludida linha industrial, detentora de reconhecido conceito nacional (f. 221). Tais assertivas, sem dúvida, são de fácil verificação, já que os produtos da linha ‘Racco’ desfrutam de notória comercialização no mercado, onde opera há alguns anos.

“A afirmação de que estaria autorizado pelo Ministério da Saúde parece óbvia, constituindo condição inerente à própria indústria e circulação dos produtos.

“Desnecessário, portanto, tecer maiores considerações, porquanto não seria em face da boa ou má reputação, que a posição do apelante mudaria em relação à usuária.

“Esta, por sua vez, na busca de solução para o problema de pele, procurou o auxílio de pessoa conhecedora do assunto, a quem confiou a correta utilização dos produtos que indicava, quais sejam, o ‘kit da Racco’. Certamente, o fez por sua livre e espontânea vontade.

“A aplicação dos cosméticos fabricados pelo Laboratório Chemist constitui, portanto, questão pacífica, vez que além de não ter sido negado pela revendedora (pessoa que indicou e os aplicou, f. 79), tal afirmação foi corroborada por três das quatro testemunhas ouvidas em juízo (fls. 196/198v).

“Indaga-se, todavia, se houve, ou não, o uso concomitante de outra substância, visto não ser crível que para aquele resultado bastaria, tão-somente, aplicar referidos produtos, a despeito de sua livre comercialização. Tal perquirição vale, igualmente, quanto ao uso inadequado.

“Terezinha de Jesus afirmou categoricamente que exercia atividade de esteticista, tendo participado de cursos oferecidos por representante sediado em Curitiba (fls. 79 e 86/87), e que ela mesma fez as aplicações no rosto da apelada, seguindo as prescrições de uso, e assumindo com isto o risco não só pelos resultados, como pelas dosagens receitadas.

“O liame entre o efeito lesivo e a ação da primeira demandada restou incontroverso. Já a participação do fabricante advém da qualidade e orientação de uso dos produtos que oferece ao consumidor (Lei n. 8.078/90), através dos prepostos que elege (art. 1.521, inciso III do Código Civil).

“Nesse sentido, o laudo pericial, eminentemente técnico e esclarecedor, foi incisivo em dizer que ‘a utilização de qualquer produto sobre uma superfície cutânea requer avaliação competente sobre as indicações e efeitos colaterais possíveis, pois poderá ser provocada reação adversa. Se esta pele já apresentar processo inflamatório prévio, este risco será ainda maior, e as reações adversas mais freqüentes’ (f. 117, grifo), acrescentando que ‘a aplicação de qualquer produto sem avaliação médica, em pele com processo inflamatório prévio, pode ser prejudicial’ (quesito B).

“A ausência de indicações, presumível em face das técnicas administradas pela segunda ré e do consenso da apelada, tornam evidente o risco e, em face dele, a responsabilidade do apelante frente ao resultado, visto não se reputar como provável que produtos com tais advertências fossem ministrados a esmo.

“Ainda que autorizado pelo órgão competente (o que lhe confere a prerrogativa de comercializar), e mesmo que dependesse deste a instituição de critérios direcionados à melhor orientação do consumidor, tal assertiva só vem a fortalecer o direito da apelada, já que sua foi a omissão.

“O artigo 12 do Código que dispõe sobre a proteção do consumidor (Lei n. 8.078/90) estabelece: ‘O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informação insuficiente ou inadequada sobre sua utilização e riscos’ (grifo), ou seja, ainda que inexistisse culpa, a responsabilidade do fabricante emerge desta e de Norma Constitucional que a instituiu (artigo 170, inciso V). Tal questão, no entanto, restou suprida, já que indiscutível o vínculo obrigacional do apelante à luz dos artigos 159 e 1.522, combinado com o inciso III do art. 1.521 do Código Civil, anotando-se que em face dos riscos inerentes à atividade que explora, obtém indubitável compensação pecuniária, cujo lucro constitui forte indício de sua permanência no mercado.

“A propósito:

“A responsabilidade objetiva sustenta a obrigação de ressarcir o dano se não se detectar qualquer culpa do consumidor ou de terceiro, visto que é causa excludente da responsabilidade do fornecedor, no sentido genérico, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II, do Código). Assim se houver a culpa exclusiva do próprio consumidor ou de um terceiro, não há responsabilidade do fornecedor que sustente o efeito ressarcitório’ (Tupinambá Miguel Castro do Nascimento *in* ‘Comentários ao Código do Consumidor’, 1ª ed., 1991, págs. 78/79).

“Constitui preceito cogente o critério do exame da prova pelo magistrado: ‘O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.’ (CPC, artigo 131).

“Não pode, contudo, ‘...utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.’ (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, ‘CPC Comentado’, 3ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 439).

“À guisa dessa norma, impende reconhecer-se que a análise dos elementos fáticos e jurídicos foi realizada de modo equânime, até porque, assim como qualquer outro consumidor, a apelada não estava obrigada a dirigir-se à sede do laboratório para, só então, aplicar os produtos. Para reforçar o que disse o togado, pode-se dizer que a relação de causa e efeito, no contexto das provas, transpôs o quadro de mera presunção para a efetiva e real verossimilhança, donde o inconformismo do apelante parece mais uma tentativa, lídima porém infundada, de escusar-se de responsabilidade evidente.

“Ademais:

“O Código do Consumidor facilitou consideravelmente, a defesa dos seus direitos. Adotou a figura da possibilidade de inversão do ônus probatório. Quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-réu, que terá de provar que a alegação do consumidor não é verdadeira. Inverte-se o ônus da prova para se igualarem as partes diante do processo” (Tupinambá M. C. Nascimento, ob. cit. págs. 28/29).

“O dano moral, assim como os demais consectários da condenação foram estabelecidos de modo incontestado, desmerecendo maiores contornos do que aqueles imprimidos pelo juiz.

“Neste contexto, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

“A câmara, em votação unânime, negou provimento ao recurso.

“Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

“Florianópolis, 14 de setembro de 1999.”<sup>305</sup>

<sup>305</sup> Disponível em: <[www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)>. Acesso em 24 jan. 2000.

**ANEXO E – TJSC, 4ª Câmara Cível, Apelação n.º  
98.008188-2**

**“RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem. Indenização por danos morais e patrimoniais. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Nulidade das cláusulas que limitam a responsabilidade. Direito à integralidade da reparação. Antinomia de normas da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica, resolvidos pela prevalência do CDC. Inversão do ônus da prova.**

**“A Convenção de Varsóvia continua vigente, exceto no tocante à responsabilidade civil, matéria esta que foi regulada, nas relações de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor. A Convenção de Varsóvia, como todas as outras normas que fazem parte do ordenamento nacional, sofre o controle de constitucionalidade. O CDC, quando em conflito com a Convenção, sobre ela tem prevalência, tendo em vista ser lei hierarquicamente superior (editada nos termos do art. 5º, inc. XXXII da Constituição Federal), especial (regulando toda relação de consumo) e posterior (editada em 11/09/1990 e com vigência em 13/03/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931).**

**“São nulas as cláusulas que limitam a responsabilidade civil do fornecedor de serviços, que é objetiva, nos termos dos artigos 14 e 51, I do CDC, obrigando-se pela integralidade da reparação.**

**“Em face do caráter de ordem pública das normas do direito do consumidor, pode-se operar, ainda que de ofício, a inversão do ônus da prova. Exegese do art. 6º, inc. VIII, c/c art. 1º, do CDC.**

**“Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008188-2, da Comarca da Capital, em que é apelante Joel Honorino Nunes e outra, sendo apelada Viação Aérea Rio Grandense — VARIG S/A.**

**“A C O R D A M, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao apelo.**

**“Custas na forma da lei.**

“1. Joel Honorino Nunes e Rosiani Silva Maciel aforaram ação de indenização em face de Viação Aérea Rio Grandense S/A - VARIG, objetivando o ressarcimento danos havidos em virtude de extravio da bagagem, causado pela ré.

“Relataram ter passado cerca de dois anos em Portugal, realizando shows e entrevistas. Alegaram que tais eventos foram registrados através de fotografias, recortes de jornais e fitas, sendo que estes objetos tinham grande valor sentimental para os requerentes. Acondicionaram os documentos e pertences em uma caixa, para despacho aéreo, e ao retornarem ao Brasil, constataram que a bagagem, orçada em R\$ 3.500,00, fora extraviada.

“Sustentaram que houve prejuízo da ordem de R\$ 50,00 por ligações telefônicas e prejuízo profissional em R\$ 18.000,00, pois no volume extraviado constava toda a história musical dos ora demandantes.

“Aduziram que a ré simplesmente abandonou as buscas, tentando ludibriar os requerentes com o pagamento de quantias irrisórias diante do valor real dos bens extraviados. Requereram, a final, a condenação da requerida no pagamento dos danos mencionados.

“Citada, a ré ofertou contestação, impugnando os documentos não autenticados, bem como os escritos em língua estrangeira. No mérito, argüiu que era facultado aos autores aumentar a responsabilidade da transportadora mediante declaração do valor dos bens transportados, e que o documento que lista os pertences contidos no volume extraviado é unilateral e inválido.

“Dispôs-se a indenizar de acordo com a cláusula prescrita no contrato de transporte aéreo, requerendo, ao final, a produção de provas e a improcedência do pedido, com a aplicação dos ônus da sucumbência.

“Após a réplica, sentenciando, o Dr. Juiz de direito julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, no tocante aos pedidos de indenização pela perda do material contido no volume extraviado e pelo alegado prejuízo profissional. Julgou procedente, todavia, o pedido de indenização por despesas com telefonemas diversos, condenando a empresa ré ao pagamento de R\$ 50,00 aos autores.

“Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, os autores apelaram, alegando, em suma, que nenhum de seus argumentos foi impugnado pela ré, que apenas se insurge quanto ao valor do pedido, sob alegação de que,

no caso de tal indenização, deve ser observado o Código Brasileiro de Aeronáutica. Sustentam os apelantes que a sentença não lhes fez justiça, tendo em vista que não observou o aspecto jurisprudencial moderno, preferindo apegar-se à Convenção de Varsóvia. Arguem a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em espécie, bem como do artigo 51 de referido diploma.

“Não tendo sido oferecidas contra-razões, os autos alçaram a esta instância jurisdicional.

“2. O recurso é provido, conforme se demonstrará.

“Insurgem-se os apelantes contra a sentença que inacolheu a pretensão indenizatória, interpretando a subsistência das normas da Convenção de Varsóvia e da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica — CBAer), ainda que disponha diversamente o Código de Defesa do Consumidor.

“É mister, num primeiro momento, verificar-se qual a legislação a ser aplicada ao caso, já que se está diante de um possível conflito entre normas internacionais e de direito interno.

“Primeiramente, cabe ressaltar que há dois tipos de vôos aéreos: o doméstico e o internacional. De acordo com o art. 215 do CBAer, “considera-se doméstico [...] todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em território nacional”. Os vôos domésticos acham-se regulados, em sua quase totalidade, pela Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

“O transporte internacional, de outro vértice, é aquele em que o ponto de embarque e o destino estão situados em países diferentes, ainda que se trate de aeronave brasileira. Os vôos internacionais foram regulados pela Convenção de Varsóvia, parcialmente alterada pelo Protocolo de Haia, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 56.463/65.

“Na espécie, trata-se de vôo internacional, já que os apelantes embarcaram em Portugal, com destino ao Brasil, sendo o transporte aéreo, portanto, regulado pela citada Convenção, e não pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, como pretende a ré.

“Dentre as regras definidas na Convenção de Varsóvia, destaca-se a que limita o *quantum* indenizatório em caso de dano. Como ensinam Eduardo

Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge (*in* Revista de Direito do Consumidor. Vol 19, pág. 129):

“O art. 22 da Convenção de Varsóvia, parcialmente alterado pelo Protocolo de Haia (Decreto 58.463/65), estabelece o limite de 250 mil francos poincaré para indenização no caso de transporte de pessoas (n. 1 do art. 22), limitando o n. 2 a responsabilidade em caso de dano à bagagem registrada ou mercadoria’.

“Acontece que os fatos ocorreram em 1995, data em que já vigorava a Lei n. 8.078/90, o chamado Código de Defesa do Consumidor. Tal estatuto, em seu artigo 6º, inciso VI, assegura: ‘a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;’ [grifei] e, lembram Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge que ‘A possibilidade de reparação do dano moral veio a ser constitucionalmente garantida com a atual Constituição, em seu art. 5º, incs. V e X.’ (*in op. cit.*, p. 122).

“Diga-se que o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 51, inc. I, a nulidade de pleno direito, entre outras, das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que ‘impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos’ [grifei].

“Nesta perspectiva, o Professor Alberto do Amaral Jr., em artigo assinado acerca da invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo, conclui que:

“São nulas, nos contratos de transporte de carga, as cláusulas limitativas de responsabilidade do transportador referentes à perda ou avaria da coisa transportada. O mesmo raciocínio aplica-se ao transporte de pessoas em que certa cláusula estabeleça a quantia a ser paga desde que sobrevenha o dano.’ (In Ajuris. Março de 1998, Edição Especial, pág. 445).

“Diante de tal antinomia, pela vigência de normas conflitantes, de um lado a Convenção de Varsóvia limitando o *quantum* indenizatório e de outro o CDC possibilitando a reparação integral do dano, proibindo expressamente as cláusulas que atenuem a responsabilidade do fornecedor de serviços, impõe-se uma interpretação pragmática, no sentido semiológico, e



axiológica, que considere os valores que devem ser preservados, e, dentre eles, o princípio de justiça.

“De todo o modo, é importante frisar que a Convenção, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica, na ótica de Antônio Herman V. Benjamim, ‘... Convivem de maneira harmoniosa, permanecendo aqueles dois primeiros documentos plenamente em vigor, exceto em relação a alguns de seus dispositivos, onde o conflito é evidente. Isso quer dizer que o Código de Defesa do Consumidor não revogou a integralidade da Convenção e do Código Brasileiro de Aeronáutica, a não ser onde patente a antinomia’ (*in* Revista de Direito do Consumidor. Vol. 26. Pág. 39).

“Mas, é necessário salientar que só haverá conflito entre as normas, diga-se, no tocante à responsabilidade civil do transportador, quando se estiver frente a uma relação jurídica de consumo. E o Código de Defesa do Consumidor diz ser consumidor ‘toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’ (art. 2º).

“Assim, Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge esclarecem:

“No que diz respeito aos contratos de transporte em geral, inexistem maiores dificuldades em se concluir pela aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos mesmos. [...] Antônio Herman Vasconcelos e Benjamim observa, aliás, que esse tipo de contrato, dentre outros, tem ‘maior potencial para causar acidentes de consumo.’ (*in* Revista de Direito do Consumidor. Vol. 19. Pág. 127-128).

“Nesta perspectiva, o passageiro que tem sua bagagem extraviada é consumidor, pois se amolda na definição da lei, configurando-se, entre o passageiro e a companhia aérea, uma relação ‘consumidor-fornecedor-produto ou serviço’.

“Dessarte, não há dúvida quanto à prevalência da norma de direito interno, assegurando a indenização integral, contrapondo-se à norma de direito internacional que estabelece um limite indenizatório.

“Num primeiro passo deve-se ter em mente que o ‘Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias’, na dicção do art. 1º, do

referido diploma, deixando, portanto, a autonomia da vontade, no âmbito da relação contratual, num plano secundário. Por esse motivo, a incidência das normas do referido Código 'é cogente, não podendo ser afastada pela vontade das partes' (Cf. Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge. *Op. Cit.* Pág. 126).

"A defesa do consumidor, erigida à condição de direito fundamental, por força da Constituição (art. 5º, XXXII), é também princípio inscrito na ordem econômica (170, V), não podendo, por isso mesmo, ser relegada a um plano inferior ao da Convenção de Varsóvia.

"Nesse passo, não parece aceitável o entendimento de parcela da doutrina que sustenta a preponderância de dita Convenção sobre a legislação interna. Apesar de os tratados e convenções serem atos de grande relevância jurídica, havendo interesse do país em preservá-los, por sua inegável importância na definição das relações internacionais, todavia, suas normas não podem ser sobrepostas à Lex Mater, submetendo-se ao controle de constitucionalidade, como, aliás, sustenta o Ministro Francisco Rezek (ver Manual de Direito Internacional Público, p.104), para poderem ingressar no ordenamento jurídico nacional.

"Nesta senda também é a conclusão de Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge:

"Assim, o fato de a Convenção de Varsóvia não ter sido denunciada pelo Governo brasileiro (tal como previsto no art. 39 da Convenção) não quer significar que os limites de indenização nela previsto prevaleçam ainda hoje, pois que virtualmente incompatíveis com o regime do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, como visto, deita raízes na própria Carta de 1988' (*Op. cit.*, p. 135).

"O princípio da especialidade, dentre os critérios de solução de antinomias é ininvocável para justificar a prevalência da norma internacional. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor também é lei especial, pois regula universalmente toda e qualquer relação de consumo. Ademais, foi editada com o escopo de defender e proteger o consumidor — diga-se, em nada é beneficiado pela Convenção de Varsóvia ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica. Não bastasse isso, o CDC é posterior, e também por esse critério temporal prevaleceria sobre as demais normas antinômicas, já que editado em

11/09/1990 e com vigência em 13/03/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931.

“Ao depois, é indescartável a prevalência do Código de Defesa do Consumidor pelo critério hierárquico, já que editado nos termos do art. 5º, inc. XXXII da Constituição Federal.

“Nesse contexto, por qualquer dos critérios, seja da especialidade, da vigência posterior ou hierárquico, sobrepõe-se o estatuto do consumidor.

“Neste sentido, aliás, é a orientação da Suprema Corte, que averbrou:

“INDENIZAÇÃO — DANO MORAL — EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA — CONVENÇÃO DE VARSÓVIA — OBSERVAÇÃO MITIGADA — CONSTITUIÇÃO FEDERAL — SUPREMACIA.’

“O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República — incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.’ (RE172.720-9, Rio de Janeiro. Re. Min. Marco Aurélio. 06.02.96).

“O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de igual sorte, averbrou:

“INDENIZAÇÃO — Responsabilidade civil — Transporte aéreo — Extravio da bagagem — Ressarcimento — Limitação prevista na Convenção de Varsóvia — Inaplicabilidade — Declaração do conteúdo e pagamento de tarifa compatível — Orientação inexistente no bilhete de passagem — Verba devida — Fixação por arbitramento — Recurso provido.’ (Apelação Cível n. 43.874-4, São Paulo. Relator: Des. Laerte Nordi. 12-8-97.)

“Não há dúvida, por outro lado, quanto à aplicabilidade do CDC na hipótese vertente, como assinalam Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge, apontando situação inteiramente ajustada ao caso:

“Há, é claro, que se analisar se, no caso concreto, se está em face de relação albergada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tal poderá perfeitamente suceder se se estiver em face de uma relação de

consumo, pura e simples, como é o caso do consumidor que sofre danos em sua bagagem. Nesse caso, a responsabilização do fornecedor transportador aéreo não se limita ao teto do art. 260 da Lei 7505/86 [sic], supra mencionada' (*Op. Cit.* Pág. 133) (A lei referida é a Lei 7.565/86).

"Dirimida tal questão jurídica, essencial para o exame da própria pretensão, resta definir se há responsabilidade civil da apelada, em face do dano experimentado pelos apelantes, que é incontroverso.

"Sobre o tema, lembram uma vez mais Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor regulamenta a responsabilidade por serviços fundamentalmente em dois dos seus dispositivos: no art. 14, trata da responsabilidade civil pelo fato do serviço; no art. 20, trata da responsabilidade civil pelo vício do serviço. E acrescentam que 'é mister que tenha havido evento danoso, decorrente de defeito no serviço prestado, para que se possa falar em responsabilização nos moldes do art. 14. Ou, então, que o evento danoso tenha decorrido de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, o que se pode chamar de defeito de informação' (*Op. cit.*, p. 138).

O artigo 14, adota a responsabilidade objetiva, ao dispor que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados, independentemente da existência de culpa. E o par. 3º, do preceito em foco, apenas exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços, se provar: (inc. I) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; (inc. II) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

"No caso em apreço, a empresa ré não nega a ocorrência do dano, em sua peça de contrariedade, não tendo, por outro lado, invocado quaisquer das causas de exclusão de responsabilidade mencionadas.

"Nesse caso, sendo objetiva a responsabilidade, impõe-se a reparação integral, conforme já explicitado anteriormente.

"Colhe-se da jurisprudência:

"Responsabilidade Civil. Transporte aéreo e extravio de bagagem. Indícios de extravio em terra, além de não estar relacionado com acidente. Responde a transportadora pela indenização integral regulada no Código Civil, afastando a indenização tarifada da Lei 7.565/86, prevista para acidente aéreo. Interpretação que também se harmoniza com o Direito do Consumidor. Ação

procedente. Decisão mantida.' (Ap. Cív. 548.098-4, rel. Márcio Franklin Nogueira, j. 26.05.93, *in* JTA-LEX 142/144).

"No que pertine especificamente à responsabilidade civil do transportador, o emérito Professor e Doutor Fernando Noronha — um dos grandes especialistas deste país em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor —, em sua já legendaria Apostila do Curso de Graduação em Direito da UFSC (p. 370), conceitua responsabilidade objetiva como 'a obrigação de reparar determinados danos causados a outrem, independentemente de qualquer atuação dolosa ou culposa do responsável, mas que tenham acontecido durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle da pessoa responsável.' (Pág. 370).

"Do conceito em foco inferem-se três requisitos básicos para que se configure a responsabilidade objetiva: 1) o fato; 2) o dano; 3) o nexo de causalidade.

"O fato (extravio da bagagem) e o dano (perda de documentos e material pessoal) são alegados pelos autores sem contraposição da apelada. Quanto ao nexo de causalidade, diz a teoria da causalidade adequada que, um fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele. Conforme leciona o Prof. Fernando Noronha, para saber se o dano deve ser considerado consequência normalmente previsível, deve-se colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável. (*in* Apostila cit., p. 228).

"Ora, é consabido que chega a ser corriqueiro o fenômeno do extravio de bagagem no Brasil e no exterior.

"Portanto, o fato, dentro desse quadro, era previsível, sendo possível antever-se a probabilidade de dano, pela ineficiência do serviço, e, nessas circunstâncias impõe-se a reparação, eis que demonstrados os requisitos configuradores da culpa objetiva.

"E aos danos sofridos pelo casal de músicos, descritos na inicial (fls. 21 e 22), pouco importa a assertiva da requerida sobre a unilateralidade do documento, tendo em vista que, em se tratando de direito do consumidor, inverte-se o ônus da prova.

“Não se alegue a falta de pedido de inversão do onus probandi, pois, em sede de direito do consumidor, tal inversão pode-se operar de ofício, dado o caráter de ordem pública das normas em apreço, como já exposto. E por normas de ordem pública, segundo Carlos César Hoffmann, referindo Nery Jr. ‘compreendem-se aquelas que devem ser apreciadas e aplicadas de ofício, e em relação às quais não se opera a preclusão, podendo, as questões que delas surgem, serem decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição.’ (In A Inversão do ônus da prova. FURB. Pró-Reitoria de Pesquisa em Pós-Graduação, 1998. Págs. 83-84).

“Assim, aplica-se ao caso vertente a regra do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para inverter-se o ônus da prova.

“Colhe-se da jurisprudência:

“RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. Ônus da prova segundo o Código de Defesa do Consumidor. Suficiência da verossimilhança do alegado para transferir ao prestador de serviços o encargo probatório (Lei 8.078/90, arts. 6º, VIII, e 14, parág. 3º). Sentença Confirmada’. (TJRS — Ap. Cív. 593133416-6 6ªC. — Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício — RJTJRS 163/393).

“PROVA — Ônus — Inversão — Critério do Juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida — Artigo 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com o flagrante intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao Juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do Magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida’ (TJSP — 7ªC. — Ap. Cív. 198.391-1- Rel. Des. Leite Cintra — JTJ/LEX 152/128). Ver ainda JTJ/LEX 167/147 e JTJ/LEX 169/138.

“3. Em face de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, para julgar-se procedente o pedido, condenando-se a ré a compor os danos descritos na exordial, além do ressarcimento dos R\$ 50,00 por despesas telefônicas, já admitido na sentença profligada, mais R\$ 3.500,00 a título de indenização pelos danos materiais e R\$15.000,00 referentes aos danos morais sofridos, perfazendo um total de R\$ 18.550,00, sem prejuízo das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

“Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des.  
Francisco Borges.

“Florianópolis, 15 de abril de 1999.”<sup>306</sup>

---

<sup>306</sup> Disponível em: < [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) >. Acesso em 20 jan. 2000.

**ANEXO F – TJSC, Câmara Cível Especial, Apelação n.º  
47.706**

**“Apelação Cível — Ação Declaratória de Inexistência de Obrigação Cambial — Serviço de conserto de veículo — Defeito apresentado que obrigou o cliente a procurar outra reparadora para ter seu veículo em condições de uso — Prova de má utilização que cabe ao prestador de serviço — Princípio de inversão da prova do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC) — Prova inexistente — Demonstração de prejuízo pelo consumidor — Procedência do pedido — Sentença mantida — Recurso desprovido.**

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 88.079031-7 (47.706), da comarca de Chapecó ( 2ª Vara Cível), em que é apelante Morandini de Marco S/A, sendo apelada Solar Piscinas Comércio e Representações Ltda.

“ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

“Custas na forma da lei.

“Trata-se de ação cautelar de sustação de protesto aforada por Solar Piscinas Comércio e Representações Ltda. contra Morandini de Marco S/A, objetivando a concessão de liminar no sentido da sustação do protesto da duplicata n. 21636, no valor Cr\$ 40.020,00, com vencimento em 28.06.90, emitida pela ré.

“Alega, que o título teve origem na prestação de serviços de mecânica prestado pela ré quando do conserto da bomba injetora de um veículo D-10 de sua propriedade, garantindo-o por 06 (seis) meses, como é praxe nas oficinas do ramo, porém, o resultado de tais reparos foi insatisfatório e precisou ser refeito em outra oficina. Juntou documentos.

“A requerida não apresentou contestação.

“No prazo legal, o autor ajuizou a ação principal pretendendo a declaração de inexistência da obrigação cambial relativamente à duplicata em questão, reeditando os argumentos já expostos acima, formulando os requerimentos necessários.



“Desta feita, a requerida apresentou contestação alegando, em preliminar, a inépcia da inicial e, no mérito, que o prazo para reclamação do serviço era de 15 (quinze) dias; que não houve garantia do serviço e que inocorreu falhas no serviço.

“Requeru produção de provas e a improcedência da ação.

“Em alegações finais, ambas as partes reeditaram os argumentos anteriores.

“Sentenciando, o magistrado julgou procedente a cautelar para tornar definitiva a liminar deferida e julgou procedente a ação declaratória de inexistência de débito para declarar inexistente a obrigação cambial consubstanciada na duplicata especificada na inicial, condenando a requerida ao pagamento das custas processuais de ambos os processos, bem como, honorários advocatícios em favor da autora.

“Irresignada com a decisão, a requerida interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença para ser julgada improcedente a cautelar de sustação de protesto e da ação declaratória de inexistência de obrigação cambial, invertendo o ônus da sucumbência e/ou honorários advocatícios sejam fixados, no máximo, em 20% sobre o valor da causa.

“Contra-razões pela manutenção da sentença.

“Após contados e preparados, os autos ascenderam a esta Instância.

“É o relatório.

“Segundo se apura dos autos, a apelada levou seu veículo Chevrolet D-10 na concessionária apelante para conserto de uma bomba injetora, onde foram realizados serviços de conserto e emitida nota fiscal no valor da mão de obra, e outra no valor referente a peças utilizadas, conforme documentos de fls. 06 e 07, sendo o veículo entregue em data de 28.05.1990. A empresa prestadora de serviço, ora apelante, emitiu uma duplicata de n. 21636, no valor de Cr\$ 40.020,00 (quarenta mil e vinte cruzeiros) e antes de seu vencimento, negociou com agente bancário, levando a protesto referido título.

“Tendo em vista que o veículo não estava funcionando a contento, a apelada em procedimento próprio, teve sustado o protesto de referido título, conforme cautelar em apenso.

“Esclareça-se, que o veículo depois do conserto não funcionou a contento, a ponto de deixar na estrada e obrigar ao socorro de reboque da camionete para conserto da mesma bomba injetora. Diante disso, a apelada levou seu veículo para a concessionária da Bosch (fabricante do acessório) que prestou o serviço de assistência em data de 29.06.1990, conforme se constata pela nota fiscal de fls 09.

“Entendendo não devido o valor pretendido pela apelante, posto que o serviço foi mal realizado e o conserto mal feito, a apelada ajuizou a presente ação declaratória de inexistência de obrigação cambial.

“Embora não tenha registro de termo de garantia dos serviços prestados, evidentemente que qualquer prestação de serviço pressupõe uma garantia mínima de 30 (trinta) dias.

“Evidente que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor — CPDC — exige um procedimento prévio para a reclamação de vícios e defeitos, mas no caso, como o veículo não funcionou a contento, e o defeito manifestou-se antes dos 30 (trinta) dias, ficou difícil ao apelado proceder como manda a lei, isto é, a notificação prévia e demais procedimentos. O que realmente necessita ficar esclarecido são os defeitos apresentados.

“Ulderico Pires dos Santos ensina que: ‘Ao consumidor é concedida a faculdade de exigir a substituição das partes viciadas por outras. A lei não diz quando ele pode exercer esse direito, mas parece evidente que o seja a partir do momento em que percebe o vício e as conseqüências que dele resultam.’ (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Ed. PUMAPE, São Paulo, 1992, p. 60).

“Exige a lei, segundo o autor: ‘Para exigir a substituição do produto por outro, ou a devolução do preço pago, ou o abatimento no preço, o consumidor precisa inteirar-se, com precisão, sobre o vício que prejudica a qualidade, diminuindo o seu valor, uma vez que tem a descrever, na inicial, de modo convincente, a imperfeição de que se queixa’ (op. cit. p. 60)

“Não quer isto dizer que ele deva sempre provar o vício da coisa. ‘O que tem de fazer é expor os fatos com exatidão, exprimindo-se concisamente a respeito de sua pretensão para que ele seja aferida *prima facie*.’ (op. cit., p.61).

“A descrição do fato foi corretamente feita pela apelada, especificando os defeitos apresentados e o conserto que obrigou-se a realizar para ter seu veículo em condições de uso.

“Não há a menor dúvida de que o serviço foi impróprio, que segundo o autor supra citado: ‘é aquele que não atinge a finalidade desejada por quem o encomendou, ou o que foi executado ao arrepio das normas regulamentares’ (op. cit., p. 67). Consabido que todo aquele que se proponha a prestação de algum ou qualquer serviço é pressuposto que deva fazê-lo com esmero, perfeita técnica, proficiência, materiais de boa qualidade, para poder exigir pagamento em contrapartida. Se utilizar-se de materiais de má qualidade, falta de observância de técnicas, tornando impróprios os serviços prestados, responde pelos serviços mal feitos e pela indenização dos prejuízos causados pela sua ineficiência.

“No presente caso não há a menor dúvida que o serviço foi prestado pela apelante, e que o foi de maneira irregular, insuficiente e de má qualidade, obrigando ao consumidor, a busca de nova assistência em outro estabelecimento.

“Da mesma forma, indiscutível a aplicação dos princípios do CPDC, pois como ensina Odete Novais Carneiro Queiroz: ‘Caso a situação considerada se encontre no âmbito de uma relação de consumo lato sensu, estará sob a égide deste código, e a responsabilidade civil que, porventura possa advir de lesão a algum ínsito nessa relação, será a prescrita pela lei nova atendendo, sobretudo, a sua *mens legis*, ou seja, a do microsistema estudado’.

“De fato, faz-se necessário uma sensibilidade mais aguçada para perceber os inúmeros problemas que brotam no seio da relação de consumo, de modo a não perder de vista o elemento teleológico dessa lei, que é tutela do consumidor. Para tanto, se fará necessário um ingente esforço em conjunto com a sociedade como um todo. Os julgadores que darão vida a esse apanhado de textos voltados à proteção daquele que é um ser ou entidade vulnerável ou hipossuficiente, no decorrer de sua árdua e importantíssima tarefa de análise dos casos concretos, não poderão perder de vista o escopo da presente lei, na qual existem novidades várias a serem percebidas e consideradas’ (Da Responsabilidade por vício de produto e do serviço: Código de Defesa do Consumidor Lei n. 8.078, de 11.09.1990, Ed. RT, São Paulo, 1998, p. 107).

“Esta é a situação ocorrente nos autos. A apelada não procedeu dentro das normas estabelecidas pelo novo CPDC, mas pelo que concluo, não chegou a dar tempo de reclamar o mal serviço prestado, posto que, antes de completar 30 (trinta) dias, o veículo já apresentou defeito, que inviabilizava seu uso. Diante disso, nada mais natural que o proprietário levasse o veículo a outro local para seu conserto. A aplicação dos princípios do CPDC é inegável, posto que, evidente a relação entre o prestador de serviço e o consumidor. Tais circunstâncias como ensina Carlos Maximiniano: ‘Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o autor. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo: porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá a vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim, o magistrado: não procede como insensível e frio mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a lei morta dos Códigos e a vida, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.’ (Hermenêutica e aplicação do direito. Rio, Forense, 1991. p. 59).

“Fixada a responsabilidade da apelante na prestação imprópria do serviço, de aplicar-se a teoria da responsabilidade civil objetiva adotada pelo CPDC no seu artigo 12, conforme se deflui dos princípios contidos a partir dos arts. 1º ao 7º, tornando viável a presente para a proteção incondicionada daqueles que são, segundo o CPDC, sempre vulneráveis (consumidor), viabilizando responsabilizar o fornecedor e o mau prestador de serviços, para alcançar-se o fim precípua da lei.

“Descabe da mesma forma, a alegação da apelante que o consumidor não procedeu ao reabastecimento do veículo em postos que não possuíam filtros nas bombas de combustível. O princípio consagrado na lei instrumental é que o ônus da prova cabe a quem invoca a prestação jurisdicional (art. 333, do CPC), no entanto, tal princípio não se aplica às relações de consumo e prestação de serviços, cujo ônus é deslocado ao

fornecedor e aos prestadores de serviços, para melhor velar pelos direitos do consumidor. Claro resta que fora das relações de consumo, o princípio do art. 333, do CPC, continua hígido, mas nas relações de consumo, repito, a inversão é imperativo da lei e, só é cabível quando tratar-se de demanda no cível, isto é, originária desta relação, sem qualquer reflexo na área penal. Desta forma, a prova de mau uso do veículo a justificar os problemas apresentados, cabia a apelante de forma escorreita e indubitável, não sendo admissível a simples alegação de uso inadequado como causa dos defeitos.

“Já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na ApCiv 255.461-2-6, assim ementada:

“Prova — Inversão de ônus — Admissibilidade — Hipótese de propaganda enganosa — Inteligência do art. 38 do CPDC — Inversão que não depende da discricionariedade do juiz. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido. O ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária cabe a quem os patrocina, sendo independente sua atribuição da discricionariedade do juiz” (TJSP — 9ª Câm. Cível, rel. Des. Aldo Magalhães, j. em 06.04.1995; BAASP 1.911/222-j., de 09.09.95).

“Assim, concluímos que o CPDC atribui, entre outros direitos ao consumidor, o da facilitação da defesa, que abrange, entre outros princípios, o da inversão do ônus da prova, cabendo, *mutatis mutandis*, ao fornecedor ou prestador de serviços o ônus da prova de veracidade e correção dos serviços prestados ou mercadoria vendida e sua errônea utilização. Não havendo tais provas nos autos e, não obstante a apelada não tenha obedecido a processualística prevista na lei, inegável a procedência do pedido ante a demonstração de prejuízo feita pela apelada.

“Pelo exposto, nega-se provimento ao pedido.

“Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Des. Nelson Schaefer Martins.

“Florianópolis, 28 de abril de 1999.”<sup>307</sup>

<sup>307</sup> Disponível em: < [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) >. Acesso em 24 jan. 2000.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos do Consumidor**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Do Ônus da Prova**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, pp. 46-63, jul./set.1993.

ALVIM, José Manoel de Arruda [et. al.]. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. 2.t. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. **O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, p. 269-291, jul./set.1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. **A Carga Probatória segundo a Doutrina e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, p. 101-118, jul./set.1993.

CÁCERES, Eliana. **Os Direitos Básicos do Consumidor - uma contribuição**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, p. 61, abril/jun.1991.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Código do Consumidor - Aspectos Constitucionais**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 666, p. 58, abril/91.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos [et. al.]. **Teoria Geral do Processo**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

**Código Civil**. Colaboradores Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira, 52. ed., São Paulo: Saraiva, 2001 (Legislação brasileira).

**Código Comercial**. Juarez de Oliveira (organizador). 40. ed., São Paulo: Saraiva, 1995 (Legislação brasileira).

**Código de Processo Civil**. Colaboradores Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2001 (Legislação brasileira).

**Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Colaboradores Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001 (Coleção Saraiva de legislação).

COELHO, Fábio Ulhoa. **O Empresário e os Direitos do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29 (nova série), n. 80, pp. 66-75, out./dez.1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Código do Consumidor e Processo Civil - Aspectos Polêmicos**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 671, p. 32-39, set.-1991.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Da Proteção do Consumidor de Serviços**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p. 18-27, abril/jun.1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol.7. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

**Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 1998 (Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio n. 181).

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.7).

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **As Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, jul./set.1993, p.30-36.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Atlas S. A., 1999.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, jul./set.1994, p.101-115.

GIDI, Antonio. **Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, p. 33-41, jan./mar.-1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1984 (Série Estudos Jurídicos n.º 1).

\_\_\_\_\_. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva. CD-ROM n.º 11. 1º Trimestre 1998.



**Jurisprudência Geral Civil – 1ª TACivSP.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 781, pp. 273-5, nov./2000.

**Jurisprudência Geral Civil – TJMS.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 771, p. 327-31, jan./2000.

KARAM, Munir. **Ônus da Prova: Noções Fundamentais.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, p. 50-64, jan./mar.1980.

LAZZARINI, Alvaro. **Consumidor de Serviços Públicos – Dever de Indenizá-lo enquanto Cidadão.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 774, p. 126-133, abr. 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica.** 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais Limitada. 1963.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil.** Vol.II. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e o Ônus da Prova.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 26, p. 159-165, abril/jun.1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.3).

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe. **Prova em Processo Civil.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Código de Defesa do Consumidor: Definições, Princípios e o Tratamento da Responsabilidade Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, p. 98-108, abril/jun.1993.

\_\_\_\_\_. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. *Justitia*, São Paulo, vol. 170, p. 94, abril/junho1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.1).

MARTINS, Plínio Lacerda. **A Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil Pública Proposta pelo Ministério Público em Defesa dos Consumidores**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 31, p. 70-79, jul./set. 1999.

MATOS, Cecília. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. 1993. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 161-169, jul./set.1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno De Acordo com a EC 19/98**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, p. 59-67, out./dez.1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tomo LIII. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Simone M. Silveira. **Inversão do Ônus da Prova**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 14, p. 114, abr./julho1995.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **A Defesa do Consumidor em Juízo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 190-201, jan./mar.1993.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, p. 295-309, abr./jun.1997.

\_\_\_\_\_. **O Processo Civil no Código do Consumidor**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, p. 138-146, jul./set. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Juiz e a Prova**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, pp. 178-184, abr./jun.1984.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos da Responsabilidade Civil do Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90)**. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Responsabilidade Civil (IV). São Paulo: Síntese, ano XXXIX, n.º 162, p. 22-26, abril/1991.

\_\_\_\_\_. **O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, p. 24-35, jan./mar. 1991.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 44-65, set./dez.1992.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. **A Prova no Direito do Consumidor – O ônus da prova no Direito das relações de consumo.** Curitiba: Juruá, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos Básicos do Consumidor: A Facilitação da Defesa dos Consumidores e a Inversão do Ônus da Prova.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 10, p. 48-60, abril/jun.1994.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito do Consumidor.** Apostila distribuída no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

NUNES, Luiz Antonio. **Curso Prático de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial.** São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Juarez (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia Jurídica: orientações metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Cidadania Coletiva.** Florianópolis: Paralelo 27. 1996.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PESSOA, Jorge Fernando de Sandy Lopes. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

PRUX, Oscar Ivan. **Um Novo Enfoque quanto à Responsabilidade Civil do Profissional Liberal**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 202-231, jul./set.1996.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol I. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro. regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.4).

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. vol. IV. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IV. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. II. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIDOU, J. M. **Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço da lei.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil.** Vol.I. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

SIMARDI, Cláudia A. **Responsabilidade Objetiva.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, p. 250-264, jan./mar.1993.

STOCO, Rui. **A Responsabilidade por Vício de Qualidade e Quantidade no Código de Defesa do Consumidor é Objetiva ou Subjetiva?** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 774, p. 134-139, abr. 2000.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As Garantias do Cidadão na Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. I. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

VIEIRA NETO, J. R. **O Risco e a Imprevisão: Duas Tendências no Âmbito da Responsabilidade Civil.** Curitiba: Juruá, 1989.

ZENUN, Augusto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.